

879309



**UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE**



FACULTAD DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
CLAVE: 879309

**LA CONTRADICCION ENTRE EL TIPO PENAL DE VIOLENCIA
INTRAFAMILIAR Y EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD**

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA:

MARIA GABRIELA RODRIGUEZ LANUZA.

ASESOR:

LIC. JOSE MANUEL GALLEGOS GONZALEZ

CELAYA, GTO.

m 342669

MARZO DE 2005



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO.

GENERALIDADES DEL DELITO. -----	1
1.1 El Concepto de delito. -----	4
1.1.1 La noción sociológica del delito.-----	7
1.1.2 La noción jurídico-formal del delito.-----	9
1.1.2 La noción jurídico-sustancial del delito.-----	10
1.2 Las concepciones totalizadoras y analíticas del delito-----	13
1.3 Los elementos positivos y negativos del delito.-----	14

CAPITULO SEGUNDO.

TEORIA DEL DELITO. PARTE OBJETIVA. -----	16
2.1 La noción de la conducta.-----	16
2.2 El concepto de conducta.-----	19
2.3 Los sujetos de la conducta.-----	20
2.4 Los objetos del delito.-----	23
2.5 La acción y sus elementos.-----	24
2.5.1 La acción en el sistema finalista.-----	25
2.5.2 La relación de causalidad en la acción.-----	27
2.6 La omisión.-----	28
2.6.1 Los elementos de la omisión.-----	30
2.6.2 La causalidad en los delitos de omisión.-----	31

2.7	La ausencia de conducta.-----	32
2.8	La tipicidad.-----	33
2.8.1	Los principios generales de la tipicidad.-----	35
2.8.2	La función de la tipicidad.-----	36
2.8.3	El tipo y la tipicidad en el finalismo.-----	36
2.8.4	La ausencia de tipo y tipicidad.-----	37
2.9	Ideas generales de la antijuridicidad.-----	38
2.9.1	La definición de la antijuridicidad.-----	39
2.9.2	La antijuridicidad formal y material.-----	42
2.9.3	La ausencia de la antijuridicidad.-----	43
2.9.4	La naturaleza jurídica de las causas de justificación.-----	44
2.9.5	Las causas de justificación.-----	45
2.9.5.1	La legítima defensa.-----	47
2.9.5.2	El estado de necesidad.-----	49
2.9.5.3	El impedimento legítimo.-----	51
2.9.5.4	El ejercicio de un derecho.-----	51
2.9.5.5	El cumplimiento de un deber.-----	52
2.9.5.6	La obediencia jerárquica.-----	52

CAPITULO TERCERO.

TEORIA DEL DELITO. ARTE SUBJETIVA. -----	54
3.1 Culpabilidad en general.-----	54
3.1.1 La imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad.-----	55
3.1.2 La imputabilidad.-----	56
3.1.3 La responsabilidad.-----	59
3.1.4 El aspecto negativo de la imputabilidad.-----	60
3.1.5 Las causas de inimputabilidad.-----	60
3.2 La noción de la culpabilidad.-----	62
3.2.1 La naturaleza jurídica de la culpabilidad.-----	64
3.2.2 Las formas de culpabilidad.-----	65
3.2.3 El dolo y sus elementos.-----	65
3.2.4 Las especies de dolo. -----	66
3.2.5 La culpabilidad en el sistema finalista.-----	67
3.2.6 La culpa.-----	68
3.2.7 Los elementos y las clases de culpa.-----	69
3.2.8 La preterintención.-----	70
3.2.9 La inculpabilidad.-----	71
3.3 La noción de la punibilidad.-----	72
3.3.1 La punibilidad.-----	72
3.3.2 La punición.-----	73
3.3.3 La pena.-----	73
3.4 Los fines de la pena.-----	73
3.5 Las penas y las medidas de seguridad establecidas en el código	

	penal.-----	74
3.6	La ausencia de punibilidad.-----	76
CAPITULO CUARTO.		
	LA PATRIA POTESTAD.-----	77
4.1	El concepto de familia.-----	77
4.2	El derecho de familia.-----	79
4.2.1	Las fuentes de la familia.-----	79
4.3	El parentesco.-----	80
4.3.1	Los efectos del parentesco.-----	81
4.3.2	Las fuentes del parentesco.-----	82
4.4	El concubinato.-----	83
4.4.1	Los efectos del concubinato.-----	83
4.5	La filiación.-----	83
4.5.1	La filiación dentro y fuera del matrimonio.-----	84
4.5.2	La investigación de la maternidad y la paternidad.-----	85
4.5.3	La filiación extramatrimonial.-----	86
4.6	La patria potestad.-----	88
4.6.1	Los sujetos de la patria potestad.-----	89
4.6.2	Los efectos de la patria potestad.-----	90
4.6.3	Los efectos de la patria potestad con relación a la persona del menor.-----	90

4.6.4	El derecho de corrección.-----	91
4.6.5	La intervención judicial.-----	92
4.6.6	Suspensión, pérdida y extinción de la patria potestad.-----	93
4.6.7	La emancipación.-----	94
4.6.8	La mayoría de edad.-----	95

CAPITULO QUINTO.

	EL DEBER JURIDICO.-----	96
5.1	El ser y el deber ser.-----	96
5.1.1	El mundo del ser.-----	97
5.1.2	El mundo del deber ser.-----	97
5.2	La norma jurídica.-----	97
5.3	La seguridad jurídica.-----	97
5.4	La relación entre el mundo del ser y el mundo del deber ser.--	98
5.5	Las generalidades del deber jurídico.-----	99
5.6	Las conexiones esenciales de carácter formal entre deber jurídico y derecho subjetivo.-----	101
5.7	La definición del deber jurídico.-----	102
5.8	El axioma jurídico.-----	102

CAPITULO SEIS.

LA CONTRADICCION ENTRE EL TIPO PENAL DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Y EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.----- 104

6.1	La violencia.-----	104
6.1.1	La violencia física.-----	104
6.1.2	La violencia moral.-----	105
6.2	La ley de atención a la violencia intrafamiliar en el Estado de Guanajuato.-----	106
6.2.1	El concepto de violencia intrafamiliar.-----	106
6.3	La definición legal del delito de violencia intrafamiliar.-----	107
6.4	Los elementos del tipo penal de violencia intrafamiliar.-----	108
6.5	Las características del delito de violencia intrafamiliar.-----	110
6.6	El derecho de corrección en el ejercicio de la patria potestad.-	110
6.7	Las generalidades sobre el bien jurídico.-----	111
6.8	El principio del bien jurídico.-----	111
6.9	El principio de proporcionalidad.-----	113

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA

DEDICATORIA

Quiero agradecer infinitamente a Dios, por acompañarme cada paso que doy, por ayudar a levantarme cuando caigo y por darme la oportunidad de enfrentarme a la vida.

A mis padres, María del Socorro Lanuza Rosas y José Rodríguez Patiño por que sin ellos no hubiera sido posible alcanzar esta meta. Gracias por todos sus esfuerzos y espero que este logro les cause la misma satisfacción que me ha causado a mí ya que también es suyo.

A mis hermanos y a mis amigos, gracias por todos sus consejos y por todo el cariño que me han dado.

INTRODUCCION

En esta investigación, dado que nuestra tema abarca dos materias, las cuales son el derecho penal y el derecho civil, analizaremos primeramente las generalidades del primero de los mencionados, para después enfocarnos a los puntos medulares.

En segundo término, haremos hincapié a todo lo referente a la teoría del delito, abarcando con ello tanto la parte objetiva (conducta, tipicidad y antijuridicidad) como la subjetiva (imputabilidad y culpabilidad) para lo cual, en virtud de la extensión de estos temas, y para una mejor comprensión, los veremos en capítulos separados.

Posteriormente nos adentraremos al estudio del derecho civil, para llevar a cabo el análisis correspondiente a la patria potestad y sus efectos, pues estos efectos son de gran importancia para la llegar a la solución de nuestro problema, principalmente la parte relacionada con la persona del menor.

Por último, una vez hecho lo anterior, analizaremos el derecho de corrección y el tipo penal de violencia intrafamiliar, para así estar en condiciones de determinar si efectivamente existe contradicción o no entre ellos y señalar los puntos por los cuales llegamos a esa decisión.

CAPITULO I

1. GENERALIDADES DEL DELITO.

Antes de adentrarnos al estudio específico de lo que es el delito es necesario, para una mejor comprensión, analizar primeramente sus generalidades.

Así tenemos que, para Fernando Castellanos la palabra delito deriva del verbo latino *delinquere*, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la Ley.¹

Al pasar del tiempo, los autores han tratado de producir una definición del delito con validez universal para todos los tiempos y lugares, sin que hasta la fecha lo hayan conseguido, toda vez, que el delito está íntimamente ligado a la manera de ser de cada pueblo y a las necesidades de la época, los hechos que unas veces han tenido el carácter de delictuosos, lo han perdido en función de situaciones diversas y, al contrario, acciones no delictuosas han sido erigidas en delitos.

¹ CASTELLANOS TENA, FERNANDO. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL. Ed. Porrúa. Cuadragésima primera ed. México 2000. pag. 125

Cuello Calón comparte esta opinión al señalar que “hallándose la noción del delito en íntima conexión con la vida social y jurídica de cada pueblo y cada siglo, aquella ha de seguir forzosamente los cambios de estos y por consiguiente es muy posible que lo que ayer como delito se consideró hoy sea lícito y viceversa. Es pues inútil buscar una noción del delito en sí”.²

A pesar de estas dificultades es posible caracterizar al delito jurídicamente, por medio de fórmulas generales determinantes de sus atributos esenciales.³

Anteriormente los pueblos castigaban los hechos dañosos de manera objetiva a quien los cometiera, pero con el transcurso del tiempo se fueron creando diversos cuerpos normativos analizando al delito desde diversos puntos de vista, creándose diversas corrientes, las cuales analizaremos a continuación.

Primeramente, haremos referencia a la escuela clásica, encontrándonos con Francisco Carrara, quien es considerado como el principal exponente de ésta y en su concepto de “Ente Jurídico” precisó los elementos del delito más importantes y lo definió como:

² CUELLO CALÓN. PARTE GENERAL. VOLUMEN I. Ed. Brosch. Última ed. Barcelona 1975. p.289.

³ CASTELLANOS, TENA FERNANDO. Op cit . p 125.

“La infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.”⁴ De ésta definición se destacan como elementos esenciales los siguientes:

Violación de la Ley.

Dictada por el Estado.

Seguridad de los ciudadanos.

Violación que es resultado de un acto externo positivo o negativo (tomando al hombre como el único ser racional dotado de voluntad).

La imputabilidad moral (responsabilidad).

Un hecho dañoso (políticamente sentido de infracción de la Ley).

De lo anterior podemos desprender que, para Carrara, el delito no es un ente de hecho sino, un ente jurídico, porque su esencia debe consistir, necesariamente, en la violación del derecho. Llama al delito infracción a la Ley del Estado en virtud de que un acto se convierte en delito únicamente cuando choca contra ella, pero también precisa este autor que, la Ley debe ser promulgada para proteger la seguridad, pues sin tal fin carecería de obligatoriedad.

Con esto vemos que la definición de Carranca es más bien filosófica

⁴ VILLALOBOS, IGNACIO. DERECHO PENAL MEXICANO. PARTE GENERAL. Ed Porrúa. 3° ed.. México 1971. p.126

que dogmática.

En segundo término, Rafael Garófalo precursor de la escuela positivista, pretendía demostrar que el delito es un fenómeno o hecho natural, resultado necesario de factores hereditarios, de causas físicas y de fenómenos sociológicos, estructurando un concepto del Delito Natural de la siguiente manera: “ el delito es una lesión de aquella parte del sentido moral, que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales – piedad y probidad-, según la medida media en que son poseídos por una comunidad y que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad”. Dicha definición ha recibido severas críticas y con la constante evolución tanto cultural como histórica ha quedado como una definición inútil.

1.1. CONCEPTO DEL DELITO.

En este apartado analizaremos al delito desde diferentes puntos de vista, y así decimos que, el delito en sentido jurídico formal (jurídico dogmático), lo podemos definir como toda acción legalmente punible, y el delito en sentido real (técnico histórico), como toda acción que ofenda gravemente el orden ético y jurídico y por esto merece la sanción que es la pena.

En este orden de ideas, después de anotar que la Ley hace constar la contradicción entre la Ley y la conducta, pero sin crearla, Civoli observa muy

bien que "el delito es punible porque es un hecho injusto, pero es justo por ser punible".⁵

Pero ¿Que debemos considerar como un hecho injusto?

Si nos remitimos a la historia, delito es toda acción que la conciencia ética de un pueblo considera merecedora de pena en determinado momento histórico.

Esta noción basada en el relativismo histórico lleva consigo testimonio de la experiencia. En realidad nos enseña que la moral cambia con los tiempos y los lugares y es imposible crear un valor absoluto de los hechos acriminales y acriminados, pero el relativismo histórico conduce al escepticismo moral.

Ahora bien, quien dice moral, dice necesidad de un sumo criterio de valoración, que sirva para discernir el bien del mal, lo justo y lo injusto. Al concebir la conciencia ética en términos de transformación absoluta, se cae en la indiferencia absoluta, todo será bueno, o todo será malo, según el punto de vista de quien lo juzgue y caemos de nuevo a lo mismo, pues no tenemos un criterio formativo para distinguir lo que es delictuoso, de lo que no lo es.

CIVOLI. CITADO POR RODRÍGUEZ CAMARENA JOSÉ ALVARO. LA NECESIDAD DE TIFICAR COMO DELITO EL TRÁFICO DE INFANTES, DENTRO DE NUESTRO CÓDIGO SUSTANTIVO DE GUANAJUATO, TESIS p.9.

De lo anterior se desprende que no es preciso buscar un criterio absoluto de valoración, porque esto supone salir del campo de lo positivo y de la experiencia, para entrar en la idealidad y razón, salir del ser e introducirnos a la región del DEBER SER, es decir, buscar valores ideales.

Dentro de éste mundo, casi todas las ideas coinciden en señalar que la conducta delictiva es aquella agresión que produce daño o peligro, a las condiciones esenciales de la vida del individuo o de la sociedad, siendo obvio que estas condiciones no pueden ser determinadas sin saber lo que el individuo o la sociedad DEBER SER. No se trata aquí de una valoración existencial sino formativa, no de una comprobación de hecho, sino un juicio de derecho, solo así es posible subir de una determinación empírica a una determinación filosófica – o sea un valor universal – de lo que es el delito.

En este sentido el positivista Garófalo valiéndose de una sentencia romana afirma: "QUAEDAM NATURA TURBIA SUNT, QUADAM CIVILITIER ET QUASI MORE CIVITATIS (algunas cosas son reprochables por naturaleza, otras civilmente, casi en virtud de la costumbre o tradición social) enseña que el verdadero delito, o sea la acción con contenido intrínseco delictuoso, es el delito natural, esto es delito no creado artificialmente por la Ley, sino reconocido universalmente y conforme a la recta razón, por todos difundida".⁶

⁶ CIVOLI. CIT. POR RODRÍGUEZ CAMARENA JOSÉ ALVARO. Op cit.p.9

Este destacado precursor positivista, se las ingenio para determinar el contenido universalista del delito natural diciendo que éste es la ofensa a los sentimientos profundos e instintivos del hombre sociable. Tales, son los sentimientos altruistas, de benevolencia y de justicia, o sea de piedad y probidad.

Pero también se dice que la acción delictuosa atenta siempre contra la moral y que los hechos que implican una transgresión grave al orden moral, pueden ser castigados con penas, llegando así a lo que conocemos como la definición del delito en su aspecto ideal, es decir, el delito es todo acto que ofende gravemente al orden ético y exige aplicación de una pena.

Por otro lado, contrario a lo que establece Rafael Garòfalo, se afirma que el delito, es una clasificación de actos hecha por estimaciones jurídicas. Cada delito en particular se realiza necesariamente en la naturaleza, pero esto no quiere decir que es naturaleza, la esencia de lo delictuoso, la delictuosidad misma es un concepto a priori, una forma creada por la mente humana para agrupar o clasificar una categoría de actos, formando una universidad cuyo principio es absurdo querer introducir luego a la naturaleza.⁷

⁷ VILLALOBOS, citado por Castellanos Tena Fernando. Op cit. P 127.

1.1.1 NOCIÓN SOCIOLOGICA DEL DELITO.

En esta corriente los positivistas pretendieron demostrar que el delito es un fenómeno o hecho natural, resultado necesario de factores hereditarios, de causas físicas y de fenómenos sociológicos.⁸

Citando nuevamente a Garófalo y retomando su definición de delito podemos observar que no lo estudió en si mismo, no obstante que este debería haber sido la materia de estudio, si no que se limita a analizar los sentimientos altruistas de probidad y piedad, intentando definir al delito como un concepto básico anterior a los Códigos que el hombre adopta para calificar las conductas y forma los catálogos legales. Considerando que su noción del delito comprende una variabilidad de hechos; así, son ofensas al sentimiento de piedad, el homicidio, robos, mutilaciones, etc.

La definición de delito dada por Garófalo recibió severas críticas, Sebastián Soler expone: "los sentimientos de piedad y probidad difieren radicalmente hasta determinar, según el tiempo, la incriminación de los actos más diversos ¿ de que nos sirve descubrir que es delito la falta de rudimentos sentimentales de piedad, si encontramos que en ciertos pueblos en un acto piadoso, es dar muerte al padre valentudinario? De esto deducimos que para una cultura cierto término tiene un significado y para otra cultura tiene otro.

⁸ CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Op. Cit. Pag. 126.

Como consecuencia de todo lo plasmado con anterioridad, podemos afirmar que debido a la diversidad de culturas, es difícil la unificación de criterios para crear una definición uniforme de delito y como hemos visto tratadistas diversos del Derecho Penal, aportan cada uno de ellos elementos del delito, sin embargo no adoptan una definición general.

Así, se considera que la definición jurídica del delito debe de ser, naturalmente, formulada desde el punto de vista del Derecho, sin incluir ingredientes causales explicativos cuyo objeto es estudiado por ciencias fenomenológicas. Una verdadera definición del objeto que trata de conocerse, debe ser una fórmula simple y concisa, que lleve consigo lo material y lo formal del delito y que permita un desarrollo conceptual por el estudio analítico de cada uno de sus elementos. Desde el punto de vista jurídico se han elaborado definiciones del delito de tipo formal y de carácter sustancial.

1.1.2 NOCIÓN JURÍDICO FORMAL DEL DELITO.

Para la mayoría de los autores, la verdadera noción formal del delito, es la que encontramos en nuestra ley positiva, específicamente en nuestro Código Penal Federal; la cual señala que “delito es el acto u omisión que sancionan la leyes penales”.

Esta definición formal dada por nuestro Código no escapa a la crítica pues no siempre puede hablarse de la pena como medio eficaz de caracterización del delito.

Así dentro de los autores de esta corriente aparece Edmundo Mezger, quien considera que el delito es una acción punible.

Como ejemplo de esto, es preciso citar a Amuchategui Requena⁹, quien al hablar de la noción jurídico formal del delito, se refiere a las entidades típicas que traen aparejada una sanción; no es la descripción del delito concreto, sino de la enunciación de que un ilícito penal merece una pena.

De lo señalado anteriormente se desprende que en tales definiciones del delito, no se incluyen los elementos que constituyen la esencia misma del acto delictivo; sino que fundan su noción exclusivamente en el carácter punible; de esto desprendemos entonces que el delito es: toda conducta moral o inmoral, dañosa o inocua, siempre y cuando esté dispuesta en la Ley y que amenaza con la aplicación de una pena.

⁹ AMUCHATEGUI, REQUENA IRMA G, DERECHO PENAL. Primera Ed. Harla Ed. México. 1998. p 49

1.1.3 NOCIÓN JURÍDICO SUSTANCIAL DEL DELITO.

Esta noción se basa en hacer referencia a los elementos de que consta el delito.

Los diversos estudiosos no coinciden en cuanto al número de elementos que deben conformar al delito de modo que existen corrientes: unitarias o totalizadoras y atomizadora o analítica, cuestiones estas que estudiaremos más adelante.

Dentro de esta corriente atomizadora, Jiménez de Asúa precursor de la misma, nos da una definición del delito en el que incluye elementos que conforman la esencia natural del delito y es la siguiente: "delito es el acto típicamente antijurídico, culpable sometido a una sanción penal"; También Cuello Calón, dice al respecto que delito "es la acción antijurídica, típica, culpable y sancionada con una Ley penal".¹⁰

Celestino Porte Petit elabora también su definición estableciendo que: "delito es una conducta típica, imputable, antijurídica, culpable que requiere a veces alguna condición objetiva de punibilidad".

Como conclusión de las definiciones dadas con anterioridad podemos desprender las siguientes características del delito:

¹⁰ Citados por CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Op Cit. P 129-130

- 1.- Conducta
- 2.- Tipicidad.
- 3.- Antijuridicidad.
- 4.- Imputabilidad
- 5.- Culpabilidad.
- 6.- Condiciones objetivas de punibilidad.
- 7.- Punibilidad.

La conducta que exige provenga de un sujeto imputable solo es delictuosa si se encuadra exactamente con la descrita en la Ley penal, si se opone al orden jurídico, si subjetivamente, le es imputable a su autor, y si se encuentra amenazada con la sanción; debiéndose además dar las condiciones de las cuales dependen la efectividad aplicativa de la sanción.

Hasta el momento no existe tampoco uniformidad de criterios respecto a los elementos esenciales del delito, (formándose con estas divergencias las corrientes unitarias o totalizadoras y analítica o atomizadoras) pero a pesar de todo, si hay elementos esenciales para integrar la naturaleza jurídica del delito y sabemos también que con la ausencia de cualquiera de ellos, el ilícito penal sería inexistente.

1.2 CONCEPCIONES TOTALIZADORAS Y ANALÍTICAS DEL DELITO.

Según Fernando Castellanos son dos los sistemas principales para realizar el estudio jurídico esencial del delito: las corrientes totalizadoras y las analíticas del delito.

La corriente totalizadora o unitaria, ve en el delito como un bloque monolítico, que no admite divisiones, imposible de escindir de elementos y señala que el delito es un todo orgánico y como tal debe ser estudiado para comprender su verdadera esencia.

Conforme con lo establecido por esta corriente, Jiménez de Asúa afirma que "solo estudiando el delito es posible comprender la gran síntesis en que consiste la acción u omisión, sancionadas por las leyes."¹¹

La concepción analítica o atomizadora estudia al delito a través de sus elementos constitutivos, sin perder de vista la estrecha relación existente entre ellos, de manera de que sin negar su unanimidad estima indispensable su análisis mediante su fraccionamiento.

¹¹ JUMENEZ DE ASUA. Citado por PAVÓN VASCONCELOS FRANCISCO. MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO. Ed. Porrúa XI. Ed. México. 1994. p180.

En esta tesitura podemos afirmar que dentro de esta corriente analítica existen varios precursores de los cuales haremos referencia a algunos de ellos.

En primer término tenemos a Fran Von Lizst, quien dice que el delito es un acto humano, culpable antijurídico y sancionado con una pena.

Tenemos también que Ernesto Von Beling, define al delito como la acción típica, antijurídica, culpable, subsumible bajo una sanción penal adecuada y que satisfaga las sanciones de punibilidad.

Otro precursor importantísimo considerado dentro de la corriente analítica en estudio, es Edmundo Mezger, quien lo define como una acción típicamente antijurídica y culpable, concepto al que se adhiere Carlos Montan Balestra.

Por último citaremos también a Max Ernesto Mayer, para quien el delito es un acontecimiento típico, antijurídico e imputable.

1.3 ELEMENTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO.

Como ya hemos manifestado con antelación, de todas las definiciones aportadas podemos señalar que en ellas se destacan elementos

comunes, los cuales son considerados como el aspecto positivo del delito, pero también es de señalarse que para todo elemento positivo existe su correlativo aspecto negativo, los cuales anulan o dejan sin efecto a los positivos y, por tanto al delito, mismos que analizaremos ahora de la siguiente manera.

POSITIVOS

Conducta O Hecho.

Tipicidad.

Antijuridicidad.

Imputabilidad.

Culpabilidad.

Condiciones objetivas de punibilidad.

Punibilidad.

NEGATIVOS

Ausencia De Conducta.

Atipicidad.

Causas De Justificación.

Inimputabilidad.

Inculpabilidad.

Falta de condición objetiva.

Excusas Absolutorias.

En relación con estos elementos, Celestino Porte Petit, precisa la inexistencia de PRIORIDAD TEMPORAL entre los elementos del delito, en virtud de que estos concurren simultáneamente, al no perderse de vista su indisoluble unidad. Así mismo niega la prioridad lógica, pues la existencia del delito requiere de sus elementos y aunque ellos guardan entre sí un determinado orden lógico no hay ninguna prioridad lógica.

Pero lo correcto según su opinión, es hablar de prelación lógica, habida cuenta de que nadie pueda negar que para que concurra un elemento del delito debe acontecerle el correspondiente, en atención a la naturaleza propia del delito.

CAPITULO II

2. TEORIA DEL DELITO. PARTE OBJETIVA.

Resulta oportuno precisar que, la definición del delito se compone de dos partes a saber: la parte objetiva y la parte subjetiva, de las cuales debido a su extensión los analizaremos de manera separada, ocupándonos en el presente capítulo de la primera de las mencionadas que esta integrada por los elementos: conducta, tipicidad y antijuridicidad, analizándolos en este mismo orden.

2.1. NOCIÓN DE LA CONDUCTA.

El delito es ante todo una conducta humana. La conducta, analizada dentro del ámbito del derecho penal, se ha considerado un elemento esencial que estructura al delito y que contribuye en conjunto con los demás elementos constitutivos a integrarlo.

En la expresión conducta, entendida como modo o forma de manifestarse el externo comportamiento típico, quedan comprendidas tanto las

formas positivas como negativas con que el hombre manifiesta externamente su voluntad¹.

Suele aplicarse para designar a este primer elemento del delito los términos conducta, actos, hechos, acción, etc., pero nosotros consideramos más aceptable la expresión CONDUCTA, en virtud de que dentro de este concepto, pueden comprenderse la acción y la omisión; es decir el hacer positivo y el negativo, el actuar y el abstenerse de obrar.

Radbruch comparte esta opinión, al afirmar que no es posible subsumir la acción en sentido estricto y la omisión, bajo una de las dos categorías, de la misma manera no se puede colocar a "a" y no "a", bajo uno de los dos extremos.

Jiménez Huerta se limita a manifestar que "tal palabra es significativa de que todo delito consta de un comportamiento humano y capta el sentido finalista".²

Para Luis Jiménez de Asúa el acto es la manifestación de voluntad que mediante la acción produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera, deja inherente ese mundo externo cuya

¹ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM. DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. 2DA ed. Ed. Porrúa, México 1987. Pág. 589

² JIMÉNEZ HUERTA MARIANO. DERECHO PENAL MEXICANO. Tomo I, Ed. Porrúa. Segunda ed. México 1997, Pág 106

mutación aguarda, explicando que emplea la palabra "acto" en una amplia acepción, comprensiva del aspecto positivo "acción" y del negativo "omisión".

Porte Petit se muestra partidario de los términos conducta y hecho para denominar el elemento objetivo del delito y manifiesta que no es la conducta únicamente como muchos expresan, sino también el hecho, elemento objetivo del delito, según la descripción del tipo.

Cita en apoyo de su punto de vista opiniones de Cavallo y Battaglini; para Cavallo, el hecho en "sentido técnico es el conjunto de los elementos materiales del mismo que realiza la lesión o el peligro a un interés penalmente protegido".

Para Battaglini., el hecho "en sentido propio es solamente el hecho material que comprende la acción y el resultado.

De lo anterior desprendemos que si el delito es de mera actividad o inactividad, debe hablarse de conducta, de hecho cuando el delito es el resultado material según la hipótesis típica. Dice Porte Petit, la sola conducta agota el elemento objetivo del delito cuando por si misma llena el tipo, como

sucede en los delitos llamados de mera actividad carentes de un resultado material.³

La conducta es el elemento de hecho cuando según la descripción del tipo precisa una mutación en el mundo, es decir un resultado material.

Amuchategui Requena señala que la conducta se puede realizar por medio de un comportamiento o varios.

2.2 CONCEPTO DE CONDUCTA.

La conducta es el primero de los elementos que requiere el delito para existir y de manera general, la definiremos como, el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a la producción de un resultado, consistente en la modificación del mundo exterior o en el peligro de que se produzca. Es pues un elemento psíquico interno, fundado en la voluntad y la actuación externa del sujeto.

La conducta comprende entonces, la voluntad, la actividad y, en el caso de la omisión, el deber jurídico de abstenerse, en dejar de hacer lo que se debe de ejecutar.

³ PORTE PETIT, citado por Povón Vascancelos. Op. Cit. Pág. 197.

No obstante lo anterior, Amuchategui Requena afirma que “a veces una conducta involuntaria puede tener ante el derecho penal, responsabilidad imprudencial o preterintencional”⁴.

La Ley Penal, establece claramente que el delito puede ser cometido por acción u omisión, nuestro Código Penal del Estado de Guanajuato lo prevé en el artículo 8 y 9 y el mismo señala: “en los delitos de resultado material, también será atribuible al resultado típico producido a quien omita impedirlo, si de acuerdo a las circunstancias podía hacerlo y además tenía el deber jurídico de evitarlo, derivado de una Ley, de un contrato o de su propio actuar precedente”.

2.3 LOS SUJETOS DE LA CONDUCTA.

Dado lo anterior, podemos concluir que en derecho penal se habla de dos sujetos. Ellos son el sujeto activo y el sujeto pasivo.

El sujeto activo es la persona física que comete el delito; se llama también, delincuente, agente o criminal. Cada tipo señala las calidades o caracteres especiales que requieren para ser sujeto activo. Nunca una persona moral o jurídica, podrá ser sujeto activo de algún delito.

⁴ AMUCHATEGUI, REQUENA IRMA G. Op. Cit. pág 49.

Primeramente resulta oportuno señalar que solo la conducta humana tiene relevancia para el derecho penal, es decir el acto u omisión deben provenir de un ser dotado de voluntariedad. La conducta que implica un proceso volutivo e intelectual, supone la persona física individual como única capaz de realizarla, el acto y la omisión corresponden al hombre ya que éste es el único ser capaz de voluntariedad, por lo que solo la conducta humana es relevante para el Derecho Penal.

Es inatendible afirmar que los animales o cosas carentes de voluntad y razón pueden ser considerados como sujetos de conducta, pero no podemos omitir el hecho de que en tiempo pasado, se consideró a los animales como agentes activos del delito.

En tiempos remotos, incluso los animales eran considerados como sujetos activos del delito y eran castigados como delincuentes aquellos animales que cometieran un daño al mundo exterior.

Se ha discutido el tema de que si las personas jurídico colectivas pueden ser sujetos activos del delito, prevalenciado actualmente la opinión de que las personas morales no pueden delinquir, en razón de que carecen de voluntad propia, que es independiente a la de sus miembros,

consecuentemente faltaría el elemento conducta, el cual constituye un elemento básico para la existencia del delito.

Al respecto Fernando Castellanos Tena, señala que si se impusiera una sanción a una persona moral, porque uno o varios de sus miembros cometieron un delito con medios proporcionados por una sociedad, el precepto en el que se contuviera dicha sanción resultaría absurdo e inconstitucional (artículo 14, 16, 19 y 20), pues cuando delinca un miembro o representante de la sociedad se sancionaría a otra persona que es la corporación.⁵

A diferencia de lo anterior, las personas morales, si pueden ser sujetos pasivos del delito, en especial tratándose de infracciones penales de tipo no patrimonial, tal es el caso de los tipos penales establecidos en los artículos 177 y 178 del Código Penal para el Estado de Guanajuato, referentes al allanamiento de morada, en el domicilio de las personas jurídico colectivas y de establecimientos abiertos al público.

Diversos Autores han definido al **sujeto pasivo** como la persona física o moral sobre quien recae el daño o peligro causado por la conducta del delincuente. Por lo general se le llama también víctima u ofendido.

⁵ CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Op. Cit. Pág.151.

Así mismo, suele hacerse una diferencia entre sujeto pasivo del delito o sujeto pasivo de la conducta. **El sujeto pasivo de la conducta** es la persona que de manera directa resiente la acción por parte del sujeto activo, pero la afectación, en sentido estricto, la recibe el titular del bien jurídico tutelado violado que es **el sujeto pasivo del delito u ofendido**.

Frecuentemente coinciden el sujeto pasivo del delito y el ofendido, como en los delitos de robo, lesiones, etc. Sin embargo, algunos delitos como el homicidio, por ejemplo, en el que no pueden coincidir, en donde el sujeto pasivo o víctima es el individuo quien se le ha privado de la vida, mientras sus ofendidos son sus familiares.

2.4 LOS OBJETOS DEL DELITO.

El objeto del delito, es por una parte sobre lo que debe recaer la acción del agente según la descripción legal respectiva y, por otra, el bien jurídicamente tutelado por las normas penales. Los autores distinguen entre el objeto material y el objeto jurídico del delito.

El objeto material lo constituye la persona o cosa sobre la que recae el daño, peligro y acción delictuosa. Si es una persona física, coincide con el sujeto pasivo de la acción delictuosa, según acontece en incontables tipos de delitos: lesiones, homicidio, violación, etc.

El objeto jurídico, es el bien jurídico penalmente protegido que el hecho a la omisión lesionan, a guisa de ejemplo: en el homicidio, el bien jurídico tutelado es la vida; en las lesiones, la integridad corporal: etc.

2.5 LA ACCION Y SUS ELEMENTOS.

La conducta, también llamada acto o acción en lato sensu, puede manifestarse mediante haceres positivos o negativos; es decir por actos o abstenciones.

Para Eugenio Florian, la acción es un movimiento del cuerpo humano que se desarrolla en el mundo exterior y por esto determina una variación, aun cuando sea ligera e imperceptible.⁶

La acción, es todo acto voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación.

FLORIAN, EUGENIO citado por CASTELLANOS TENA FERNANDO. Op. Cit. Pag. 152.

2.5.1 LA ACCIÓN EN EL SISTEMA FINALISTA.

Para esta corriente la acción humana no es un mero proceso causal, la acción humana es distinta a los fenómenos de la naturaleza, es decir, la acción humana se distingue por su finalidad, pues es un actuar dirigido a la realización de un propósito; el propósito de la acción permite al hombre sobredeterminar el proceso causal, y como consecuencia anticipa su pensamiento a una meta determinada, y a partir de esa determinación, el hombre dispone de los elementos y medios necesarios para la consecución de esa finalidad.

Entonces dentro de la concepción finalista, se llama acción a todo comportamiento dependiente de la voluntad humana.

Porte Petit, con relación a este tema generalmente señala como elementos de la acción: la manifestación de voluntad, un resultado, una relación de causalidad y una actividad corporal; pero Jiménez de Asúa estima que solamente son tres: manifestación de voluntad, resultado y relación de causalidad.

Porte Petit habla de conducta o de hecho porque para él la primera no incluye resultado material, mientras en el segundo abarca tanto la

propia conducta como el resultado y el nexo de causalidad cuando el tipo particular requiere mutación del mundo exterior.⁷

Amuchategui Requena coincide con la definición dada por Celestino Porte Petit, definiéndolas de la siguiente manera:

1.- Voluntad.- Es el querer, por parte del sujeto, de cometer el delito. Es propiamente la intención.

2.- Actividad.- Consiste en el hacer o actuar. Es el hecho positivo o movimiento humano encaminado a producir el ilícito.

3.- Resultado.- Es la consecuencia de la conducta; el fin deseado por el agente y previsto en la Ley penal.

4.- Nexo de causalidad.- Es el ligamen o nexo que une a la conducta con el resultado, el cual debe ser material. Dicho nexo es el que une a la causa con el efecto, sin el cual este último no puede atribuirse a la causa.⁸

⁷ PORTE PETIT, CELESTINO. Citado por CASTELLANOS TENA FERNANDO. Op. Cit. Pág. 16

⁸ AMUCHATEGUI REQUENA IRMA. G. Op. Cit. Pág. 50

2.5.2 LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN LA ACCION

Existe grave problema para determinar cuales actividades humanas deben tenerse como causa de un resultado. Al respecto se han elaborado varias teorías creándose la corriente Generalizadora y la individualizadora.

Para la primera de estas, todas las condiciones productoras del resultado se consideran causa del mismo; para la individualizadora debe ser tomada en cuenta de entre todas las condiciones una de ellas en atención a los factores del tiempo, calidad y cantidad.

De estas dos teorías solo estudiaremos la teoría de la equivalencia de las condiciones (condictio sine cuanon), que forma parte de la corriente generalizadora. Esta teoría establece que todas las condiciones productoras del resultado, son equivalentes y por ende todas son su causa, y todas son ineficaces para la producción del resultado mientras no se asocien.

Esta teoría ha sido criticada no desde el punto de vista lógico sino jurídico, considerándose indispensable restringirla en su aplicación.

Antolesei, busca en la culpabilidad el correctivo de esta teoría, pues para ser un sujeto responsable, no basta la comprobación del nexo de

causalidad, sino que precisa verificar si actuó con dolo o con culpa. Para ser sujeto responsable, no basta que exista una relación causal entre la conducta y el resultado, sino además comprobar la relación psicológica, entre ese sujeto y ese resultado que es la función de la culpabilidad y constituye un elemento del delito.

Por ello, no podemos admitir que la culpabilidad sea un correctivo; pues no puede ser correctivo lo que es un elemento de del delito, es decir, lo indispensable para la existencia del delito, pues en todo caso habría la misma razón para llamar correctivo a los elementos restantes.

2.6 LA OMISION.

Después de analizar una parte fundamental de la conducta como lo es la acción, es preciso enfocarnos ahora al otro extremo conocido como la omisión que consiste en realizar la conducta típica con abstención de actuar, esto es, no hacer o dejar de hacer. Constituye el modo o forma negativa del comportamiento o conducta.

En este punto cabe hacer la aclaración que, en los delitos de acción se hace lo prohibido y en los de omisión se deja de hacer lo mandado expresamente, es decir, en los delitos de acción se infringe una ley prohibitiva y en los de omisión una dispositiva.

La omisión puede ser simple o comisión por omisión.

La omisión simple, también conocida como omisión propia, consiste en no hacer lo que se debe hacer, ya sea voluntaria o imprudencialmente, con lo cual se produce un delito, aunque no haya un resultado material (solo da un resultado jurídico), de modo que se infringe una norma preceptiva. Por otra parte **la comisión por omisión** también conocida como omisión impropia, es un no hacer voluntario o imprudencial, cuya abstención produce un resultado material y se infringe una norma preceptiva y una prohibitiva, es decir, en esta hay una doble violación de deberes; de obrar y de abstenerse.

Entonces, la diferencia entre estas dos figuras radica en que en los delitos de simple omisión, el tipo se colma con la falta de una actividad jurídicamente ordenada, sin requerir de resultado material alguno. En cambio, en las de comisión por omisión, es necesario un resultado material, una mutación en el mundo exterior mediante no hacer lo que el derecho ordena. Por eso quien emplea los términos conducta y hecho para designar el elemento objetivo del delito, afirma que en la omisión propia o simple, tal elemento es solo la conducta, en tanto que en los delitos de comisión por omisión se trata de un hecho (conducta y resultado).

En los llamados delitos de olvido, para algunos autores la omisión no es voluntaria; según otros hay voluntad no consciente.

Para Fernando castellanos el olvido solo integra delito, si el autor no procuró, por falta de cuidado o diligencia, recordar la acción debida; por ello a tales delitos se les considera siempre culposos (imprudenciales) e indudablemente no está presente el factor volitivo.⁹

2.6.1 LOS ELEMENTOS DE LA OMISIÓN.

Los elementos de la omisión son los mismos que los de la acción, con la aclaración de que en los delitos de simple omisión, no cabe hablar de nexo causal, pues no se produce ningún resultado.

En la omisión existe una manifestación de voluntad que se traduce en NO ACTUAR, se concluye entonces que los elementos de la omisión son: a) una voluntad a no efectuar la acción ordenada por el derecho; b) una inactividad, que Franz Von la define como: no ejecutar voluntariamente el movimiento corporal que debiera haber efectuado. La inactividad esta íntimamente ligada al elemento sociológico, habida cuenta de que el sujeto se abstiene de ejecutar el acto a cuya realización estaba obligado; c) la existencia del deber jurídico de obrar, con una consecuencia consistente en un resultado típico.

⁹ CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Op. Cit. Pág. 154

2.6.2 LA CAUSALIDAD EN LOS DELITOS DE OMISION.

El problema de la causalidad se agudiza en los delitos de omisión.

Huelga hace notar que como en los delitos de simple omisión, no emerge resultado material alguno, en ellos no es dable ocuparse de la relación causal (solo comporta resultado jurídico). Únicamente en los delitos de comisión por omisión existe nexo de causa a efecto, porque producen un cambio en el mundo exterior (resultado material), además del resultado jurídico.

Para Sebastián Soler, en cambio, la mera abstención causal se transforma en omisión causal y punible cuando el acto que hubiera evitado el resultado era jurídicamente exigible.¹⁰

En este sentido Ignacio Villalobos, estima que el no hacer es precisamente la causa del resultado en el sentido valorativo del derecho.

Para Mezger, la problemática de la causalidad en este punto se resuelve si "in mente" imaginamos el acto omitido; si subsiste el resultado, la abstención será su causa, es decir, solo asumirá tal carácter si en nuestra imaginación, supuesta la realización del acto, desaparece el resultado.

¹⁰ Citado por Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. Pág. 161.

2.7 AUSENCIA DE CONDUCTA.

Como ya se dijo, al faltar alguno de los elementos esenciales del delito, éste no se integra; por consiguiente, si no existe conducta, es evidente que no podrá existir el delito. La ausencia de conducta, es uno de los aspectos negativos o impeditivos del delito.

Hay coincidencia entre los autores de que en las **causas impeditivas de la integración del delito por ausencia de conducta son:** la vis absoluta, vis mayor, actos reflejos, sueño y sonambulismo e hipnosis.

La primera de ellas consiste en que una fuerza humana exterior e irresistible se ejerce contra la voluntad del sujeto, quien en apariencia realiza la conducta delictiva. Coloca al supuesto sujeto activo en posición de un mero instrumento, del cual se vale el auténtico sujeto activo.

Otro factor eliminador de la conducta y por lo tanto del delito es la vis mayor que se ha definido como la fuerza mayor que, a diferencia de la vis absoluta, proviene de la naturaleza.

Por otro lado los actos reflejos obedecen a excitaciones no percibidas por la conciencia. Como el sujeto está impedido para controlarlos, se

considera que no existe la conducta responsable y voluntaria. En caso de poder controlarlos a voluntad, ya no serán actos reflejos y habrá delito.

Dada la inconciencia temporal en que se encuentra la persona durante el sueño y el sonambulismo, algunos penalistas consideran que existirá ausencia de conducta cuando se realice una conducta típica, para otros se trataría del aspecto negativo de la imputabilidad.

Por último la hipnosis, que es una forma de inconciencia temporal, también se considera un modo de incurrir en ausencia de conducta, si en estado hipnótico se cometiera un delito. Al respecto, existen diversas corrientes, algunos especialistas afirman que una persona en estado hipnótico no realizará una conducta a pesar de la influencia del hipnotizador, si en su estado conciente no fuere capaz de llevarla a cabo.

Para concluir con este punto diremos que todos estos impeditivos operan por que su presencia demuestra la falta del elemento volitivo.

2.8. LA TIPICIDAD.

El derecho Penal se justifica en su propio fin de tutelar fundamentalmente bienes cuya manutención depende de la vida gregaria; por

ello, sus preceptos consignan conductas reputadas como dañosas y culminan su realización con penalidades.

Para lograr lo anterior, el legislador selecciona describiendo en las disposiciones penales, aquellas conductas declaradas delictuosas. Es aquí donde surgen los conceptos tipo y tipicidad, que revisten trascendental importancia en el estudio dogmático analítico del delito, pero es preciso no confundir estos dos conceptos pues el tipo se ha definido como la figura abstracta e hipotética contenida en la Ley que se manifiesta en la simple descripción de una conducta o de un hecho y sus circunstancias. Dicho de otro modo, **tipo** es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace, por medio de los legisladores, de una conducta en los preceptos legales. En cambio por **tipicidad** entenderemos; la adecuación, el encuadramiento, de una conducta concreta con la descripción legal formulada en lo abstracto (tipo). Afirmamos que la conducta es típica cuando encuadra exactamente a la prevista, la tipicidad exige, para su confirmación, un agotamiento de la conducta en concreto a la descrita en la Ley.

La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito, cuya ausencia impide su configuración habida cuenta de que nuestra Constitución Federal en su artículo 14, establece de forma expresa: “ en los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de

razón, pena alguna que no este decretada por una Ley exactamente aplicable al delito que se trata". Lo cual significa que no existe delito sin tipicidad.¹¹

Una vez visto lo anterior podemos afirmar que de no existir el tipo, aun cuando en la realidad alguien realice una conducta que afecte a otra persona, no se podrá decir que aquel cometió un delito, por que no lo es y, sobre todo no se le podrá castigar, mas bien se estaría en presencia de conductas asociales o antisociales pero no de delitos.

2.8.1 PRINCIPIOS GENERALES DE LA TIPICIDAD

La tipicidad se encuentra apoyada en el sistema jurídico mexicano por diversos principios supremos que constituyen una garantía de legalidad, los cuales se detallan enseguida:

- a) NULLUM CRIMEN SINE LEGE (no hay delito sin Ley).
- b) NULLUM CRIMEN SINE TIPO (no hay delito sin tipo).
- c) NULLA POENA SINE TIPO (no hay pena sin tipo).
- d) NULLA POENA SINE CRIMEN (no hay pena sin delito).
- e) NULLA POENA SINE LEGE (no hay pena sin Ley).¹²

¹¹ IB IDEM. Pág. 166.

¹² AMUCHATEGUI REQUENA, IRMA. G. Op. Cit. Pág. 57.

La Carta Magna ampara dichos principios generales que garantizan al sujeto su libertad, en tanto no exista una norma o tipo que establezca el referido comportamiento que se le pudiera imputar.

2.8.2 FUNCION DE LA TIPICIDAD.

Si admitimos que el tipo es la razón de ser de la antijuridicidad, hemos de atribuirle un carácter delimitador y de trascendental importancia en el derecho Liberal, por no haber delito, sino tipo legal (NULLUM CRIMEN SINE LEGE) equivalente a NULLUM CRIMEN SINE TIPO.

Para Jiménez de Asua la tipicidad desempeña una función predominantemente descriptiva, que singulariza su valor en el concierto de las características del delito y se relaciona con la antijuridicidad por concretarla en el ámbito penal.¹³

2.8.3 TIPO Y TIPICIDAD EN EL FINALISMO

Este sistema se caracteriza por que el actuar siempre tiene una finalidad; el legislador cuando tipifica las acciones delictivas, lo hace pensando, no en un proceso causal simple, sino en un proceso causal regido por la voluntad dirigida a un fin, lo anterior tiene como consecuencia que tanto el dolo

¹³ Citado por CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Op. Cit. Pág. 170.

como la culpa, que en el sistema tradicional son formas de culpabilidad, pasan a formar parte del injusto como elementos subjetivos del éste.

En relación a esta cuestión hace una problemática en la realización imprudente de los elementos materiales del delito (objetivos) pues nos encontramos uno de los puntos críticos de la concepción finalista, pues en la acción final no puede acreditarse la imprudencia, por carecer de un actuar dirigido a la obtención del resultado típico.

2.8.4 AUSENCIA DE TIPO Y ATIPICIDAD.

Cuando no se integran todos los elementos descriptivos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito, llamado atipicidad. La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo, si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa.

En la doctrina suele distinguirse entre ausencia del tipo y atipicidad, la primera se presenta cuando el legislador deliberada e inadecuadamente, no describe una conducta que, según el sentir general debería ser incluida en el catalogo de delitos. Contrariamente la ausencia de tipicidad, surge cuando existe el tipo, pero no se amolda a la conducta dada.

En el fondo, en toda atipicidad hay falta de tipo; si un hecho específico no encuadra exactamente en el descrito por la Ley, respecto de el, no existe tipo.¹⁴

En conclusión, las **causas de atipicidad** pueden reducirse a las siguientes:

1. Ausencia de la calidad o del número exigido por la Ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo.
2. Si falta el objeto material o el objeto jurídico.
3. Cuando no se dan las referencias temporales o especiales requeridas en el tipo.
4. Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados por la Ley.
5. Si faltan los elementos subjetivos del tipo penal legalmente exigidos, y
6. Por no darse, en su caso, la antijuridicidad especial.

2.9. IDEAS GENERALES DE LA ANTIJURIDICIDAD.

Como ya se precisó el delito es conducta humana, pero no toda conducta humana es delictuosa, debe ser además típica, antijurídica y

¹⁴ IB IDEM. Pág. 176.

culpable. Ahora estudiaremos el elemento antijuridicidad, esencial para la integración del delito.

2.9.1 DEFINICIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD.

La antijuridicidad se ha definido como lo contrario a derecho. El ámbito penal radica precisamente en contrariar lo establecido en la norma jurídica.

En su intento de producir una definición, Carnelutti señala al respecto que lo antijurídico es el adjetivo, en tanto que la antijuridicidad es el sustantivo y agrega que lo antijurídico es lo que está conforme a derecho.

La teoría de la antijuridicidad adquirió seriedad y consistencia con los estudios realizados por el jurista alemán Carlos Binding en 1872.

Anterior a esto, el jurista Carrara, representante de la escuela clásica, había sostenido que “el delito era lo contrario a la Ley”. Pero Binding, rechazó esa tendencia y puntualizó enfáticamente que el delincuente no viola la Ley penal, si no que se ajusta perfectamente a ella. Señala también que el

Código Punitivo no prohíbe conductas, sino que se concreta a describirlas y el delincuente quebranta las normas violando así la norma prohibitiva, por ejemplo “no mataras”, la cual justifica el propio concepto jurídico.

Sigue afirmando Binding, que la norma crea lo antijurídico y la Ley lo pena, por ello sería preferible no hablar de antijuridicidad sino de lo contrario a la norma.

A este respecto el maestro Ignacio Villalobos expone: “el Derecho Penal, para quienes no compartimos la interpretación demasiado cortante que se ha dado a las ideas de Binding, no se limita a imponer penas; como guardián del orden público y es él mismo el que señala los actos que deben reprimirse y, por eso es incuestionable que lleva implícito en sus preceptos un mandato o una prohibición que es lo substancial y lo que resulta violado por el delincuente.

Cuando la Ley conmina con una sanción a los homicidas o a los ladrones, debemos entender que prohíbe el homicidio o el robo y resulta extremadamente sutil y formalista pretender que quien se apodera de lo ajeno cumple con la Ley o se ajusta a ella.¹⁵

¹⁵ VILLALOBOS, IGNACIO. DERECHO PENAL MEXICANO. ed. 2ª, Ed. Porrúa. México.1960. pág.196.

Max Ernesto Mayer, quien era en el fondo partidario de Binding, creo la novedosa teoría de “las normas de cultura”. Al analizar el concepto de antijuridicidad, concluye que el orden jurídico es en realidad un orden cultural, y que, por lo tanto, la antijuridicidad es la infracción de las normas de la cultura reconocida por el Estado, la armonía de lo social obedece al cumplimiento de ciertas ordenes de prohibiciones que constituyen las normas de cultura, acogidas por el Derecho.

Las teorías de Binding y Mayer son criticadas en razón de que aceptan que lo antijurídico aparecen aun cuando no se contradigan las normas. Tal ocurre si se infringe un precepto jurídico no correspondiente al modo de sentir de la colectividad, en este sentido los infractores realizarían una conducta antijurídica en nada violatorias a las normas de cultura.

Por otra parte refiriéndonos concretamente a la concepción de Mayer, si la antijuridicidad consiste en la contradicción a las normas de cultura reconocidas por el Estado y no a todas, la antijuridicidad no es sino oposición objetiva al derecho, sin ser exacto que toda la conducta antijurídica viole las normas, puede haber actos formalmente antijurídicos que no infringen los valores colectivos.

En realidad lo que ocurre es que Binding y Mayer presintieron el doble contenido de la antijuridicidad: formal y material.

2.9.2 ANTIJURIDICIDAD FORMAL Y MATERIAL.

La antijuridicidad constituye un concepto unitario, es el resultado de un juicio sustancial, sin embargo, Franz Von Liszt ha elaborado una doctrina dualista de la antijuridicidad, y dice: el acto será formalmente antijurídico cuando implique trasgresión a una norma establecida por el Estado (oposición a la Ley), y materialmente antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos.

Amuchategui Requena comparte esta opinión y establece que la antijuridicidad formal es la violación de una norma emanada del Estado. De acuerdo con Jiménez de Azua constituye la tipicidad; y la antijuridicidad material es propiamente lo contrario a derecho, por cuanto hace a la afectación genérica hacia la colectividad.

También Cuello Calón señala que hay en la antijuridicidad un doble aspecto; la rebeldía contra la norma jurídica (formal) y el daño o perjuicio social causado por esta rebeldía (material). Por último para Villalobos la infracción de las Leyes significa una antijuridicidad formal y el quebrantamiento de las normas que las leyes interpretan constituyen la antijuridicidad material.¹⁶

¹⁶ Citado por CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Op. Cit. pág. 181.

Ignacio Villalobos acepta plenamente ambas formas de antijuridicidad, argumentando que van unidas, constituyendo una la forma y la otra el contenido de una misma, aduciendo que el orden jurídico supone normas de necesidad moral, cuya violación daña o hace peligrar la tranquilidad, la justicia o la seguridad y el bien común, las cuales derivan de la naturaleza humana y la de las cosas.

El contenido material de la antijuridicidad consisten en la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos o en el sólo atentado contra el orden instituido por los preceptos legales.¹⁷

De lo anterior podemos concluir que si toda sociedad se organiza formalmente es para fijar las normas necesarias para la vida del grupo y por ello, el Estado proporciona sus leyes en donde da forma tangible a dichas normas.

2.9.3 AUSENCIA DE ANTIJURIDICIDAD.

Ahora examinaremos la ausencia de antijuridicidad, que es una de las causas excluyentes de responsabilidad.

¹⁷ Citado por PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO. Op. Cit. Pág. 327.

Para Amuchategui Requena, el aspecto negativo de la antijuridicidad lo constituyen las causas de justificación, que son las razones o circunstancias que el legislador consideró para anular la antijuridicidad de la conducta típica realizada al considerarla lícita, jurídica o justificada.¹⁸

En tales condiciones la acción realizada, a pesar de su apariencia, resulta conforme a derecho.

Las causas de justificación son las condiciones que eliminan la antijuridicidad de la conducta típica. Pero la eliminación de este esencial elemento del delito requiere una expresa declaración.

2.9.4 NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

La naturaleza de las causas de justificación, es eminentemente objetiva, pues derivan de la conducta y no de un elemento interno.

Es falso creer que existan justificantes derivados de otra fuente distinta de la Ley, (eximente supralegales) cuando se sabe que en derecho penal la única fuente de derecho es precisamente la Ley. No necesariamente la eximente justificativa se contempla en un determinado artículo sino que deriva de otra norma, pero dentro del propio cuerpo legal.

¹⁸ AMUCHATEGUI REQUENA, IRMA G. Op. Cit. Pág. 67

Los criterios que fundamentan a las causas de justificación son, según Mezger, el consentimiento del lesionado que no excluye el injusto en todos los hechos punibles y agrega: el consentimiento debe ser serio y voluntario y corresponder a la verdadera voluntad del que consiente.

Para que el consentimiento sea eficaz, se requiere que el titular objeto de la acción y el objeto de protección sea una misma persona. También puede darse el consentimiento presunto (enfermos).

2.9.5 CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

De lo expuesto con antelación inducimos que las causas de justificación son las razones que toma en cuenta el legislador para que una conducta típica pueda considerarse lícita o justificativa.

En este punto resulta oportuno señalar que no debe confundirse a las causas de justificación con otras excluyentes de responsabilidad como la inimputabilidad y la excusas absolutorias. A este respecto Jiménez de Asua, con fines exclusivamente didácticos, expresa que en las causas de justificación

no hay delito, en la inimputabilidad no hay delincuente y en las excusas absolutorias no hay pena.

Además mientras las justificantes por ser objetivas (se refieren al hecho no al sujeto), aprovechan a todos los participantes y las otras eximentes no. Cuando las eximentes son personales, si bien no dan lugar a incriminación, si puede ser procedente la responsabilidad o reparación civil, en cambio tratándose de las justificantes, por ser una conducta apegada al orden jurídico, no acarrea ninguna consecuencia ni civil, ni penal.

Por lo tanto, las causas de justificación deben estar señaladas expresamente por la Ley. Por ejemplo en el Código Penal para el Estado de Guanajuato se encuentran en el artículo 33, específicamente en las fracciones III, V y VI.

Algunos autores consideran causas de justificación únicamente a:

1. La legítima defensa.
2. El estado de necesidad.
3. El Cumplimiento de un deber.
4. El ejercicio de un derecho.
5. El impedimento legítimo.

Pero Amuchateguir Requena le agrega uno mas al que denomina obediencia jerárquica.

2.9.5.1 LA LEGITIMA DEFENSA.

La legitima defensa es una de las causas de justificación de mayor importancia, la legitima defensa debe ser necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor.¹⁹

El Código Penal para nuestro Estado la describe de la siguiente manera: se obre en defensa de bienes jurídicos, propios o ajenos, contra agresión ilegítima, actual o inminente, siempre que exista necesidad razonable de la defensa empleada para repelerla o impedirla.

Los elementos de la legítima defensa son: una agresión injusta y actual; un peligro inminente de daño, derivada de una agresión, sobre bienes jurídicamente tutelados; y repulsa de dicha agresión.

Para Amuchategui Requena los elementos de la legítima defensa son:

¹⁹ CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Op. Cit. Pág. 191.

- Repeler
- Agresión
- Agresión real
- Agresión inminente
- Agresión actual
- Sin derecho
- En defensa de bienes jurídicos propios o ajenos
- Necesidad racional de la defensa empleada
- Que no medie provocación.²⁰

Con estos elementos, este autor elabora su definición de la legítima defensa de la siguiente manera: **la legítima defensa** consiste en repeler una agresión, real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, cuando existe necesidad racional de la defensa empleada y siempre que no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Para que no se convierta en exceso, en la legítima defensa la repulsa a la agresión injusta deberá traducirse en una acción que sea necesaria y proporcional a la agresión o al posible daño.

²⁰ AMUCHATEGUI REQUENA, IRMA G. Op. Cit. Pág. 70

El exceso ocurre cuando el agredido extralimita las barreras de lo proporcional y justo y rebasa la medida necesaria para defenderse o para defender a otro. Cuando exista tal exceso, se castigará al sujeto por el delito cometido como si hubiera sido por imprudencia.

Nuestro Código Penal en su artículo 34, establece la punición en el exceso en la legítima defensa.

2.9.5.2 EL ESTADO DE NECESIDAD.

Otra de las causas de justificación conocida como estado de necesidad ha sido definida como un peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo pueden evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona. Si el sacrificado es de menor valor que el amenazado, se trata de una causa de justificación; pero si el bien lesionado es de mayor valor que el salvado, el delito se configura, excepto si concurre alguna otra circunstancia justificativa del hecho desde su nacimiento. Si los bienes son equivalentes, el delito es inexistente, no por anularse la antijuridicidad, o tal vez subsista la delictuosidad del acto pero la pena no será aplicable si opera alguna excusa absolutoria.

Sebastián Soler coincide con este punto de vista, pues afirma que “el estado de necesidad es una situación de peligro para un bien jurídico, que solo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico.”²¹

Los elementos del estado de necesidad son: una situación de peligro, real o inminente; que ese peligro no haya sido ocasionado intencionalmente por el agente; que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídicamente tutelado (propio o ajeno); un ataque de quien se encuentra en el estado necesario; y que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente.

El Código Penal para nuestro Estado describe en su artículo 33 al estado de necesidad de la siguiente manera:

“En situación de peligro para un bien jurídico, propio o ajeno, se lesionare otro bien para evitar un mal mayor, siempre que concurren los siguientes elementos:

1. Que el peligro sea actual o inminente;
2. Que el titular del bien salvado no haya provocado dolosamente el peligro;
- y
3. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial”.

²¹ Op. Cit. tomo I. Pág. 418.

Cabe resaltar que no operara esta justificante en los delitos derivados del incumplimiento de sus obligaciones, cuando las personas responsables tengan el deber legal de afrontar el peligro”.

2.9.5.3 EL IMPEDIMENTO LEGÍTIMO.

El impedimento legítimo consiste en contravenir lo dispuesto en una ley penal, dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo. La simultaneidad de deberes que el sujeto debe cumplir, es sólo la causa normativa que engendra la colisión de los bienes jurídicos. El impedimento legítimo opera cuando el sujeto, teniendo obligación de ejecutar un acto, se abstiene de obrar, colmándose, en consecuencia el tipo penal.

2.9.5.4 EL EJERCICIO DE UN DERECHO.

El Código Penal para el Estado de Guanajuato, determina en su artículo 33, que el delito se excluye cuando:

Fracción III.- Se obre en cumplimiento legal de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho.

En el ejercicio de un derecho se causa algún daño cuando se obra de forma legítima, siempre que exista necesidad racional del medio empleado. En esta eximente el daño se causa en virtud de ejercitar un derecho derivado de una norma jurídica de otra situación, como el ejercicio de una profesión, de una relación familiar, etc.

Dentro de este punto, están inmersas como formas específicas, las lesiones y el homicidio cometido en los deportes o como consecuencia de tratamientos médicos quirúrgicos y un tipo de lesiones inferidas con motivo del ejercicio de corregir (estas últimas se reglamentan en forma especial)

2.9.5.5 EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER.

Una situación similar a la anterior es el cumplimiento de un deber que consiste en causar un daño obrando en forma legítima en cumplimiento de un deber jurídico, siempre que exista necesidad racional del medio empleado.

2.9.5.6 LA OBEDIENCIA JERARQUICA.

Por último la obediencia jerárquica consiste en causar un daño en obediencia a un superior legítimo en el orden jerárquico, aun cuando su

mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía.

La orden que se de al inferior, deberá tener apariencia de licitud, aunque no lo sea.

CAPITULO III.

3. TEORIA DEL DELITO PARTE SUBJETIVA.

En el presente capitulo nos ocuparemos del estudio de los elementos subjetivos del delito, es decir, de la imputabilidad y la culpabilidad.

3.1 CULPABILIDAD EN GENERAL.

El estudio de éstos importantísimos elementos implica el examen del relevante aspecto subjetivo del delito. La conducta típica y antijurídica sólo alcanza a considerar sus rasgos delictivos cuando es imputable y culpable, esto es, cuando el valor se encuentra ligado psicológicamente con ella a su resultado, y la persona que lo comete conoce el hecho y quiere el resultado.

Podemos decir que la **culpabilidad** constituye un estado psicológico en el cual se encuentra el sujeto respecto a la realización externa de su comportamiento.

Reviste dos genéricas formas tradicionales: DOLO, cuando el sujeto quiere y acepta el resultado de su conducta; y CULPA, cuando sin querer el resultado dañoso, obra con negligencia o imprudencia.

Existen diversos autores que separan la imputabilidad de la culpabilidad, estimando a ambos como elementos autónomos del delito, hay quienes ponen a la imputabilidad dentro de la culpabilidad y una tercera opinión, sostiene que la imputabilidad es presupuesto de la culpabilidad.

3.1.1 LA IMPUTABILIDAD COMO PRESUPUESTO DE LA CULPABILIDAD.

La imputabilidad hace referencia a propiedades de tipo psicológico, que en el sujeto deben concurrir al momento de cometerse la infracción para tenerlo como sujeto apto o capaz de responder ante el Estado de su ilícito obrar, con frecuencia se le identifica con la "capacidad" del derecho civil o privado, así como un sujeto debe tener capacidad para celebrar actos jurídicos, así en el derecho penal el sujeto debe poseer esas cualidades de aptitud psíquica exigidas por la Ley para responder de su conducta delictuosa.

Conviene destacar que la imputabilidad se presenta en abstracto, no en concreto como la culpabilidad, es decir, un sujeto puede ser imputable y jamás cometer delito alguno; en cambio la culpabilidad reclama necesariamente una conducta típica y antijurídica.

Así podemos decir que son imputables los sujetos que por reunir las condiciones psíquicas de madures y salud mental que la Ley reclama, se

encuentran capacitados para entender, querer y responder ante el Estado y la sociedad de sus acciones contrarias al ordenamiento jurídico-penal.

Dentro de la mecánica que juega los elementos del delito, se ha discutido con singular interés la posición de la imputabilidad en nuestro país. Porte Petit insiste en la postura de situar a la imputabilidad como presupuesto general del delito.¹

En cambio Mezger la ubica dentro de la contestura esencial de la culpabilidad considerándola elemento de ella además del dolo y la culpa. Nos dice así "... el dolo y la culpa son tan solo –elementos de la culpabilidad- formas de la culpabilidad, y que al lado del dolo y respectivamente de la culpa pertenece a la culpabilidad, la imputabilidad del actor.

3.1.2 LA IMPUTABILIDAD.

Para Amuchategui este aspecto del delito es concebido como la capacidad de entender y querer en el campo del derecho penal.²

¹ Citado por CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Op. Cit. Pág. 217

² AMUCHATEGUI REQUENA IRMA, G. Op. Cit. Pág. 78.

La imputabilidad implica entonces, la salud mental, aptitud psíquica de actuar en el ámbito penal, precisamente al cometer el delito.

Para ser culpable un sujeto, se requiere, que sea imputable; si en la imputabilidad interviene el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades. Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de querer y entender, determinarse en función de aquello que conoce, luego la aptitud (intelectual y volitiva) constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad. Por eso la imputabilidad (calidad del sujeto, capacidad ante el Derecho Penal), se le debe considerar como el soporte o cimiento de la culpabilidad y no como un elemento del delito.

Las definiciones que dan algunos penalistas son los siguientes:

Max Ernesto Mayer afirma que “la imputabilidad es la posibilidad condicionante por la salud mental y el desarrollo del autor para obrar según el justo conocimiento del deber existente.

Para Franz Von Liszt la imputabilidad es “la capacidad de obrar en derecho penal, es decir, de realizar actos referidos al Derecho Penal que traiga consigo la consecuencia de la infracción.”³

³ Citados por CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Op. Cit. Pág. 218.

López Betancour dice que es imputable, el que es capaz de comprender el carácter ilícito de la conducta o del hecho y de conducirse de acuerdo con esa comprensión.

De las definiciones que se han transcrito, concluimos que, en términos generales, la imputabilidad como capacidad, reside en el sujeto en donde encierra un doble contenido:

- 1.- Uno de comprensión (cognoscitivo o intelectual).
- 2.- Otro de determinación (volitivo).

El primero se manifiesta como la capacidad de comprender el carácter ilícito o antijurídico del hecho realizado y el segundo como la capacidad de conducirse de acuerdo o conforme a esa comprensión.

Comúnmente se señala que la imputabilidad está determinada por un mínimo físico representado por la edad y otro psíquico: salud y desarrollo mentales; generalmente el desarrollo mental se relaciona estrechamente con la edad.

3.1.3 LA RESPONSABILIDAD.

Es la situación jurídica en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado.

Se usa el termino responsabilidad para significar la situación jurídica en que se coloca el autor de un hecho típicamente contrario al derecho, si obro culposamente contrario a derecho, si obró culpablemente, así, los fallos judiciales pueden concluir con esta declaración, teniendo al acusado como penalmente responsable del delito que motivó el proceso y señalan la pena que le corresponde.

La responsabilidad resulta entonces, una relación entre el sujeto y el Estado, según la cual éste declara que aquel obró culposamente y se hizo acreedor a las consecuencias señaladas por la Ley.

En este sentido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estableció que aun cuando el sujeto se hallaba, al realizar la conducta, en un estado de inconciencia de sus actos voluntariamente procurado, no se limita la responsabilidad.

Si al actuar un sujeto carecía de capacidad necesaria para entender y querer, pero tal estado procuró dolosa o culposamente, encuéntrase

el fundamento de la imputabilidad. Por ello el resultado es imputable y da base para declararlo como tal.

3.1.4 EL ASPECTO NEGATIVO DE LA IMPUTABILIDAD

La inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad y consiste en la ausencia de capacidad de querer y entender la ilicitud del hecho en el ámbito de derecho penal.

3.1.5 LAS CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD

Estas causas de inimputabilidad las encontramos en el artículo 33, fracción VII, 35, 36 y 37, del Código Penal del Estado de Guanajuato.

Las causas de inimputabilidad son todas las capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad, y estas causas de inimputabilidad son las siguientes: trastorno mental, desarrollo intelectual retardado, miedo grave y minoría de edad

El trastorno mental incluye cualquier alteración o mal funcionamiento de las facultades psíquicas, siempre y cuando impidan al agente comprender el carácter ilícito de hecho o conducirse acorde con esa comprensión. Puede ser transitorio o permanente, por ingestión de alguna sustancia nociva o por un proceso patológico interno. Solo se excluye el caso en el que el propio sujeto haya provocado esa incapacidad, ya sea intencional o imprudencialmente.

El desarrollo intelectual retardado es un proceso tardío de la inteligencia, que provoca incapacidad para entender y querer.

El miedo grave es un proceso psicológico mediante el cual el sujeto cree estar en un mal inminente y grave. Es algo de naturaleza interna, a diferencia del temor fundado que tiene su origen en algo externo; por tanto el temor fundado es causa de inculpabilidad y no de imputabilidad como lo es el miedo grave.

Por último, **la minoría de edad** se considera que los menores de edad carecen de madurez y por tanto, de capacidad para entender y querer.

De lo anterior se desprende que el menor no comete delitos, sino infracciones a la Ley. Cada entidad federativa señala la edad que considera adecuada conforme a la libertad y soberanía con que legislan las localidades.

Los menores de edad quedan al margen de la Ley penal, de manera que es aplicable para ellos una medida de seguridad, en vez de una pena, se les recluye en el Consejo Tutelar de Menores, en lugar de enviárseles a un reclusorio

Dicho de otra manera, si un sujeto infringe las normas penales antes de los 16 años, se considera inimputable, quedando inmerso en un tratamiento tutelar administrativo. Precisamente el artículo 37 del Código Penal para el Estado de Guanajuato determina la minoría de edad para ser responsable penalmente.

3.2. LA NOCION DE LA CULPABILIDAD.

Señalamos en puntos anteriores que la imputabilidad funciona como presupuesto de la culpabilidad y constituye la capacidad del sujeto para entender y querer en el campo penal; corresponde ahora, delimitar el ámbito respectivo, externar una noción sobre la culpabilidad.

Una conducta será delictuosa no solo cuando sea típica y antijurídica sino además culpable. Se considera culpable la conducta – según Cuello Calón- cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ella y su autor; debe serle jurídicamente reprochada. Jiménez de Asúa, dice al

respecto, que en el más amplio sentido puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.

Después Porte Petit, define la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional, que liga al sujeto con el resultado de su acto, posición solo válida para la culpabilidad a título dolosa pero no comprende los delitos culposos o no intencionales.

Para Villalobos, "la culpabilidad genéricamente consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlos y conservarlos, desprecio que manifiesta por franca oposición, nacida por el interés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa."⁴

La culpa es el resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, derivado de una acción u omisión voluntaria o evitable, si se hubiesen observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y costumbres.⁵

⁴ Citados por CASTELLANOS TENA FERNANDO. Op. Cit. Págs. 233 y 234.

⁵ PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO. Op. Cit. Pág. 445.

3.2.1 NATURALEZA DE LA CULPABILIDAD

Para precisar la naturaleza de la culpabilidad existen dos teorías: la teoría psicológica y la teoría normativa

La teoría psicológica o naturalista (Doctrina Clásica Dogmática Penal Alemana) consiste en un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado, lo cual quiere decir que contiene dos elementos: uno volitivo o emocional; y otro intelectual, el primero indica la suma de los quererres de la conducta y el resultado; y el segundo el intelectual, el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta.

Esta opinión la comparte Amuchategui al señalar que la culpabilidad es la relación directa que existe entre la voluntad y el conocimiento del hecho con la conducta realizada.⁶

Igualmente Para Vela Treviño, “la culpabilidad es el elemento subjetivo del delito y el eslabón que asocia lo material del acontecimiento típico y antijurídico con la subjetividad del autor de la conducta”⁷.

Según **la teoría normativa** la base de la culpabilidad radica en la imperatividad de la Ley, dirigida a quienes tienen capacidad para obrar conforme a la norma a fin de que se pueda emitir el juicio de reproche. Para

⁶ AMUCHATEGUI REQUENA, IRMA. G. Op. Cit. Pág. 82

⁷ VELA TREVIÑO, SERGIO, CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD. TEORÍA DEL DELITO. Ed .Trillas, última edición. México, 1985, pág. 337.

esta teoría una conducta es culpable, si a un sujeto capaz, que ha obrado con dolo o con culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta diversa a la realizada.

3.2.2 FORMAS DE LA CULPABILIDAD.

La culpabilidad puede ser de dos formas que son: EL DOLO Y LA CULPA, según la voluntad del agente; ya sea que la dirija conscientemente a la ejecución del hecho tipificado en la Ley como delito, o cause igual resultado por medio de la negligencia o imprudencia.

En el dolo el agente conociendo la significación de la conducta procede a realizarla, en la culpa **consiente** o con previsión, se ejecuta el acto con la esperanza de que no ocurrirá el resultado; en la **inconsciente** o sin previsión, no se prevé un resultado previsible; existe también descuido por los intereses de los demás tanto en la forma dolosa como en la culpa, el comportamiento del sujeto se traduce en un desprecio por el orden jurídico.

3.2.3 EL DOLO Y SUS ELEMENTOS.

Esta forma de culpabilidad ha sido definida, según Cuello Calón, como la voluntad consiente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso o simplemente con la intención de ejecutar un hecho delictuoso.

Una definición general la podemos tomar de la siguiente manera: el dolo consiste en el actuar consiente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico. La doctrina lo llama delito intencional o doloso.

El dolo contiene un elemento ético y otro volitivo interno o emocional. El elemento ético esta constituido por la conciencia de que se quebranta el deber, que se infringe la norma. El elemento volitivo o psicológico, consiste en la voluntad del actor; en la volición del hecho típico.⁸

3.2.4 ESPÉCIES DE DOLO.

Los tratadistas señalan diversas clases de dolo pero nosotros nos ocuparemos del estudio de solo 4 de ellos, los cuales son los siguientes:

- a) **El dolo directo.**- Existe cuando el sujeto activo tiene intención de causar un daño determinado y lo hace, de manera que existe identidad entre la intención y el resultado típico;
- b) **El dolo indirecto.**- Se presenta cuando se actúa ante la certeza de que se causarán otros resultados penalmente tipificados que no se

⁸ CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Op. Cit. Pag. 239.

persiguen directamente, pero aún previendo su seguro acaecimiento se ejecuta el hecho;

- c) **El dolo eventual** existe cuando el agente presenta como posible un resultado delictuoso y a pesar, de tal presentación, no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencia. En este el resultado no se quiere directamente pero tampoco se deja de querer.

Villalobos adiciona esta clasificación con el dolo indeterminado, que según él consiste en la intención de delinquir de manera imprecisa, sin que el agente desee causar un delito determinado.⁹

Cabe insistir en que el dolo es un proceso psicológico, que se traduce en la intención de querer un resultado típico.

3.2.5 LA CULPABILIDAD EN EL SISTEMA FINALISTA.

Como ya hemos visto en la doctrina causalista se hace la división entre lo objetivo y lo subjetivo del delito; así las cosas, el tipo y la antijuridicidad se dejan en la parte objetiva y material del delito; a la capacidad de culpabilidad (imputabilidad) y culpabilidad en la parte subjetiva; desde el punto de vista de la

⁹ Citado por CASTELLANOS FERNANDO. Op. Cit. Pá. 240.

doctrina finalista esta división es insostenible, pues el legislador ya en el tipo penal establece determinados elementos subjetivos, elementos sin los cuales la conducta no podría ser típica.

Cabe precisar también, que este sistema finalista considera a la imputabilidad, como un elemento de la culpabilidad. Además establece que la ausencia de imputabilidad, conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido y la inoperación de la no exigibilidad de otra conducta, impide la formulación del juicio de culpabilidad.

3.2.6 LA CULPA

Ya hemos precisado que en ausencia de dolo o de culpa no hay culpabilidad y sin ésta el Delito no es íntegro, por eso ahora efectuaremos el estudio de la culpa como forma de culpabilidad.

Existe **culpa** -según la definición dada por Cuello Calón- cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la Ley.

Para Edmundo Mezger Actúa culposamente quien infringe el deber de cuidado que personalmente el incumbe y cuyo resultado puede prever.¹⁰

3.2.7 ELEMENTOS Y CLASES DE CULPA

Por ser necesaria la conducta humana para la existencia del Delito, ella constituirá, el primer elemento; es decir, un actuar voluntario, (sea positivo o negativo); en segundo término que esa conducta voluntaria se realice sin las cautelas o precauciones exigidas por el Estado; tercero, los resultados del acto han de ser evitables y previsibles y tipificarse penalmente; por último, precisa una relación de causalidad entre el hacer o no hacer iniciales y el resultado no querido.

Ahora bien, las clases de culpa son: culpa consiente o con previsión e inconsciente o sin previsión.

La culpa consiente o con previsión, existe cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible; pero no solamente no lo quiere, sino que abriga la esperanza de que no ocurra, no se prevé lo previsible y evitable.

¹⁰ IB. IDEM. Pág. 247

La culpa inconsciente o sin previsión, existe cuando el agente no prevé un resultado típico. Dicha culpa puede ser: lata, leve o levísima. La culpa es LATA cuando en la culpa hay mayor posibilidad de prever el daño; es LEVE cuando existe menor posibilidad que en la anterior; y es LEVÍSIMA cuando la posibilidad de prever el daño es considerablemente menor que en las dos anteriores.

3.2.8 PRETERINTENCIÓN

Algunos autores, como Jiménez Huerta, llaman a la preterintención también Ultraintención, la cual consiste en producir un resultado de mayor gravedad que el deseado. Existe intención de causar un daño menor, pero se produce otro de mayor entidad, por actuar con imprudencia. Tomando en cuenta esta definición podemos concluir que los elementos de la preterintención son:

- a) Intención o dolo de causar un resultado típico.
- b) Imprudencia en la conducta; y
- c) Resultado mayor al querido

3.2.9 LA INCULPABILIDAD.

Para Amuchategui la inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad; esta inculpabilidad significa la falta de reprochabilidad ante el derecho penal, por faltar la voluntad y el consentimiento del hecho. Esto tiene una relación estrecha con la imputabilidad; así no puede ser culpable de un delito quien no es imputable.¹¹

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad, la inculpabilidad opera al hallarse ausente los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad.

En estricto rigor las causas de inculpabilidad serían el error esencial de hecho (ataca el elemento intelectual) y la coacción sobre la voluntad (afecta el elemento volitivo). No puede integrarse al faltar alguno de los elementos constitutivos. Si la culpabilidad se forma con el conocimiento y la voluntad, sólo habrá inculpabilidad en la ausencia de los dos factores o de ambos.

El nuevo Código Penal para el Estado de Guanajuato expresamente señala en su artículo 33 fracción VIII: "se realiza la acción o la omisión bajo un error invencible:

¹¹ AMUCHATEGUI REQUENA, IRMA G. Op. Cit. Pág. 86

- a) sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o
- b) respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea por que el sujeto desconozca la existencia de la Ley o el alcance de la misma, o por que crea que está justificada su conducta.”

3.3. NOCIÓN DE LA PUNIBILIDAD.

La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción.

3.3.1 LA PUNIBILIDAD.

La punibilidad es la amenaza de una pena que contempla la Ley para aplicarse cuando se viole una norma.

En conclusión podemos afirmar que la punibilidad es:

- a) merecimiento de una pena.
- b) Conminación estatal de imposición de sanciones si se llena los presupuestos legales.
- c) Aplicación fáctica de las penas señaladas en la Ley.

Frecuentemente se confunden las nociones punibilidad, punición y pena, para un manejo adecuado de dichos términos se describe cada una a continuación:

3.3.2 LA PUNICIÓN.

La punición consiste en determinar la pena exacta al sujeto que ha resultado responsable de un delito concreto.

3.3.3. LA PENA.

La pena es la restricción o privación de derechos que se impone al autor de un delito. Implica un castigo para el delincuente y una protección para la sociedad.

3.4 LOS FINES DE LA PENA.

El fin último de la pena es la salvaguarda de la sociedad, para conseguirla debe ser intimidatoria, ejemplar, correctiva, eliminadora y justa.

Intimidatoria, quiere decir, evitar la delincuencia por el temor de su aplicación; **ejemplar**, al servir de ejemplo no sólo al delincuente sino a los

demás, para que todos adviertan la efectividad de la amenaza estatal; **correctiva** al readaptar al delincuente a la vida normal, mediante los tratamientos educacionales adecuados, impidiendo así la reincidencia; **eliminadora**, ya sea temporal o definitivamente, según que el condenado pueda readaptarse a la vida social o se trate de sujetos incorregibles; y **justa**, es decir, en atención al delito cometido y en atención a quien sufre directamente la pena, es decir, individualizada.

Para Cuello Calón la pena debe aspirar a los siguientes fines: obrar en el delincuente, creando en él, por el sufrimiento, motivos que le aparten del delito en lo provenir y reformarlo para readaptarse en la vida social. Debe seguir la ejemplaridad, patentizando a los ciudadanos pacíficos la necesidad de respetar la Ley.¹²

3.5 LAS PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD ESTABLECIDAS EN EL CÓDIGO PENAL.

La pena es la determinación de la sanción que el Juez impone al culpable en su sentencia, por lo que tiene relación estrecha con las facultades que la Ley confiere al Juez para ejercer su arbitrio y decidir la individualización de la pena.

¹² Citado por CATELLANOS TENA, FERNANDO. Op. cit. Pág..319.

Encontramos que nuestro actual Código Penal establece un catálogo de penas, en su artículo 38 el cual a la letra dice:

Artículo 38.- Por la comisión de los delitos descrito en el presente Código solo podrán imponerse las penas siguientes:

- I.- Prisión;
- II.- Semilibertad;
- III.- Trabajo a favor de la comunidad;
- IV.- Sanción pecuniaria;
- V.- Decomiso de los instrumentos del delito y destrucción de las cosas peligrosas y nocivas;
- VI.- Suspensión, privación e inhabilitación de derechos, destitución o suspensión de funciones o empleos e inhabilitación para su ejercicio y desempeño;
- VII.- Prohibición de ir a una determinada circunscripción territorial o residir en ella;
- VIII.- Las demás que prevengan las Leyes.

De igual manera, en el artículo 89 del mismo ordenamiento, encontramos establecidas las medidas de seguridad, recordando que estas se diferencian de las penas, pues las medidas de seguridad carecen de carácter

aflictivo (causar cierta afectación o aflicción al delincuente para evitar futuros delitos). Las medidas de seguridad que se pueden imponer son las siguientes:

- I.- Tratamiento de inimputables;
- II.- Deshabitación;
- III.- Tratamiento psicoterapéutico integral;
- IV.- Las demás que señalen las Leyes.

3.6. AUSENCIA DE PUNIBILIDAD.

En función de **las excusas absolutorias** no es posible la aplicación de la pena; constituyen el factor negativo de la punibilidad. Se consideran como: aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena. El estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o equidad, de acuerdo con la prudente política criminal. En presencia de una excusa absolutoria, los elementos esenciales del delito permanecen intactos; sólo se excluye la posibilidad de punición.

CAPITULO IV

4.DERECHO DE FAMILIA

Con este cuarto capítulo iniciaremos nuestro estudio dentro del Derecho Civil, específicamente en lo referente a su primer libro en donde se establece el derecho de familia, por lo que resulta conveniente precisar lo que consideraremos en los sucesivo como familia.

4.1 CONCEPTO DE FAMILIA.

Planiol y Ripert definen a la familia como el conjunto de personas que están unidas por el matrimonio, o por la filiación, y también pero excepcionalmente, por la adopción¹

También podemos analizar a la familia desde tres puntos de vista: **el biológico, el sociológico y el jurídico**; para el primero de ellos la familia debe entenderse como el grupo constituido por la primitiva pareja, y sus descendientes sin limitación, involucra a todos los que por el hecho de descender unos de otros, o de un progenitor común, generan entre sí lazos de sangre. El aspecto **sociológico** de familia es la institución formada por los

¹ PLANIOL, MARCEL Y RIPERT, GEORGES. DERECHO CIVIL, Volumen 8. Ed. Harla. 3ra ed. Paris. 1946. pág.103.

miembros vinculados por lazos de sangre, y los unidos a ellos por intereses económicos, religiosos o de ayuda; el concepto **jurídico** que es el que más nos interesa, responde al grupo formado por la pareja, sus ascendientes y descendientes, y cuando descienden de un mismo progenitor, incluyen a sus parientes colaterales hasta el cuarto grado, así como a otras personas unidas por vínculos de sangre o matrimonio o sólo civiles, a los que el ordenamiento positivo impone deberes y otorga derechos jurídicos. Este último enfoque nos sitúa ante un concepto que no siempre coincide con el modelo biológico ni con el modelo sociológico; pues el concepto jurídico, atiende a las relaciones derivadas del matrimonio y la procreación conocidas como parentesco y, a las que la Ley reconoce ciertos efectos, esto es, que crean derechos y deberes entre sus miembros.

Atendiendo a lo anterior, diremos que **el concepto jurídico de familia** se refiere exclusivamente a los derechos y deberes que crea y reconoce la Ley y que, la unión de la pareja y la descendencia extramatrimonial no siempre son familia desde el punto de vista jurídico, para que lo sean se requiere de la permanencia de la relación (concubinato) y del reconocimiento de los hijos.²

² BAQUEIRO ROJAS, EDGAR Y BUENROSTRO BÁEZ, ROSALÍA. DERECHO DE FAMILIA Y SECESIONES. Ed. Oxford. 2da ed. México. 1990. pág 10

4.2 DERECHO DE FAMILIA

Después de haber definido a la familia, puntualizaremos la parte del Derecho Civil que se encarga de su regulación, es decir, el derecho de familia, el cual ha sido considerado por Julián Bonnecase como “el conjunto de reglas de derecho de orden personal y patrimonial, cuyo objeto exclusivo, patrimonial, accesorio o indirecto es prescindir la organización, vida y disolución de la familia”³.

Otros autores lo definen como la regulación jurídica de los hechos biosociales derivado de la unión de los sexos a través del matrimonio, el concubinato y la procreación de los hijos por la institución de la filiación.

4.2.1 FUENTES DE LA FAMILIA.

Respecto de este punto, algunos autores como Planiol y Ripert afirman que las fuentes de la familia son el matrimonio, la filiación y la adopción⁴.

En cambio, Edgar Vaqueiro y Rosalía Buenrostro, coinciden parcialmente con la opinión anterior, al no considerar a la adopción como una

³ BANNECASE, JULIAN. LA FILOSOFIA DEL CÓDIGO DE NAPOLEÓN APLICADA AL DERECHO DE FAMILIA. Traducción del Lic. José M. Cajica Jr. Puebla, 1945. págs 33 y 36.

⁴ PLANIOL, MARCEL Y RIPERT, GEORGES. op cit. pág. 104.

de las fuentes principales de la familia, sino que en su lugar designan a la institución conocida como concubinato.

4.3 PARENTESCO.

Algunos autores coinciden que el parentesco es un estado jurídico, pues implica una relación jurídica, general, permanente y abstracta, generadora de derechos y obligaciones, tanto entre los miembros de la relación como en lo que se refiere a terceros (parientes consanguíneos y políticos), que se conoce como estado civil o familiar, y se identifica como atributo de la personalidad. Con base a esto podemos afirmar que **el parentesco** es un estado jurídico, es decir, una relación jurídica, permanente general y abstracta que nace del matrimonio y de la filiación, así como de la adopción.

Nuestra legislación reconoce tres CLASES de parentesco, el primero de ellos es el **consanguíneo** (que se establece entre personas que descienden de un mismo progenitor); el de **afinidad** (que se adquiere por el matrimonio, y se da entre los parientes consanguíneos del esposo con la esposa y entre los parientes consanguíneos de esta con su cónyuge); y por último, el **civil** (que se establece entre adoptante y adoptado y solo entre ellos).

Por otro lado, para determinar la cercanía del parentesco la Ley establece líneas y grados de parentesco. Las primeras se conforman por las

series de grados de parentesco o generaciones y los segundos, por cada generación, es decir, todas las personas de una generación están en el mismo grado de parentesco respecto del antecesor o descendiente.

Además la línea de parentesco puede ser recta o transversal; la línea **recta** se forma por parientes que descienden unos de otros⁵; y la **transversal** o colateral esta formada por dos líneas rectas que coinciden en un progenitor común.

4.3.1 EFECTOS DEL PARENTESCO.

La cercanía o lejanía del parentesco determina la intensidad de sus efectos, pues los mas cercanos excluyen a los más lejanos, en lo que se refiere a los derechos y obligaciones. Estos efectos se dividen en personales y pecuniarios. **Los pecuniarios**, estan relacionado con los derechos de sucesión legítima que se genera solo en los parentescos consanguíneos y civil. En los **personales**, aparte del impedimento para contraer matrimonio entra uno muy importante para nuestra investigación, que es el de asistencia, deber de ayuda y socorro.

⁵ ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL. INTRODUCCIÓN PERSONAS Y FAMILIA. Tomo I. Ed. Porrúa. Primera ed. México D.F. 1984. Pág 259

4.3.2 FUENTES DEL PARENTESCO

Después del análisis realizado y coincidiendo con la ideología de Rojina Villegas, Planiol y Ripert, consideramos que existen tres grandes fuentes del parentesco las cuales son: el matrimonio, la filiación y la adopción.

El matrimonio como acto jurídico, es un acto voluntario efectuado en un lugar y tiempo determinado ante el funcionario que el estado designa para realizarlo; como estado matrimonial el matrimonio, es una situación general y permanente que se deriva del acto jurídico, originando derechos y obligaciones que se traducen en un especial género de vida.

En esta tesitura, Rojina Villegas refiriéndose al matrimonio como estado jurídico, manifiesta que este se presenta como una doble consecuencia de la institución matrimonial y del acto jurídico que celebran las partes en unión del Oficial del Registro Civil, pues constituye a la vez una situación jurídica permanente que rige la vida de los consortes y un acto jurídico mixto (concurren tanto los particulares como los funcionarios públicos en el acto mismo, haciendo sus respectivas manifestaciones de voluntad), desde el momento de su celebración⁶

⁶ ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Op. Cit. Pág. 295

4.4 EL CONCUBINATO.

El concubinato puede definirse como la unión libre y duradera entre un hombre y una mujer, que viven y cohabitan como si estuvieran casados, y que puede o no producir efectos legales.

Para que nuestro derecho reconozca una unión como concubinato resulta indispensable que la vida en común sea permanente, es decir que haya durado más de cinco años o que antes hayan nacido hijos; que ambos concubinos permanezcan libres de matrimonio durante el concubinato; y que se trate de una sola concubina por concubinario.

4.4.1 EFECTOS DEL CONCUBINATO

Nuestra legislación reconoce los siguiente efectos: derecho de alimentos, derechos sucesorios iguales a los cónyuges y la presunción de paternidad del concubinario respecto de los hijos de la concubina.

4.5 FILIACION.

El hecho de que una pareja tenga un hijo, por unión sexual, genera un vínculo biológico y jurídico entre los progenitores y, el hijo de ambos.

Para los citados autores Planiol y Ripert, la filiación es la relación que existe entre dos personas, una de las cuales es el padre o la madre de la otra (sentido estricto).⁷

Desde el punto de vista jurídico, este vínculo recibe el nombre de paternidad cuando es visto desde el lado de los padres (la maternidad queda incluida en este concepto), y de filiación cuando se enfoca desde el ángulo de los hijos. Esta fuente denominada filiación crea el parentesco consanguíneo en línea recta en primer grado. De lo anterior podemos desprender que el **concepto de filiación jurídica** es la relación jurídica creada entre los progenitores y sus hijos, a los cuales la Ley atribuye derechos y obligaciones.

Debemos destacar que no siempre coincide la filiación biológica y la jurídica, pues biológicamente no puede haber hijos sin padres; en cambio jurídicamente sí, ya sea porque los padres se desconozcan, o bien porque no se cubrieron las formalidades y requisitos legales para que se estableciera la relación de derecho.

4.5.1 LA FILIACIÓN DENTRO Y FUERA DEL MATRIMONIO

Cuando una pareja legalmente casada procrea un hijo se habla de filiación matrimonial o legítima, y cuando se da en una pareja en la que el padre

⁷ PLANIOL, MARCEL Y RIPERT, GEORGES. Op. Cit. pág.195

y la madre no se encuentran casados, se trata de una filiación extramatrimonial, ilegítima o natural.

Planiol y Ripert coinciden en este punto de vista pues señalan que la filiación es legítima cuando el hijo es fruto de un matrimonio regular, es decir, cuando sus padres estaban casados entre sí en el momento en que fue concebido; cualquier otro hijo es ilegítimo⁸.

La prueba de filiación legítima o matrimonial se establece normalmente con las actas de nacimiento del hijo y de matrimonio de los padres, unidas a la identidad del presunto hijo con aquel a que el acta se refiere.

4.5.2 INVESTIGACIÓN DE LA MATERNIDAD Y LA PATERNIDAD

Para establecer la maternidad en la filiación matrimonial es necesario probar el hecho del parto y la identidad entre el ser que dio a luz y el que pretende serlo. Para comprobar esto puede usarse cualquier medio probatorio, aunque lo normal es que en el acta de nacimiento se asiente el reconocimiento materno.

⁸ IDEM.

El segundo párrafo del artículo 68 del Código Civil para el Estado de Guanajuato, establece que la madre no tiene derecho de dejar de reconocer a su hijo, sino que tiene obligación de que su nombre figure en el acta de nacimiento.

Por otro lado, en cuanto a la investigación de la paternidad, existen dos vías de comprobación: por reconocimiento voluntario y por reconocimiento forzoso a través del juicio de investigación de la paternidad.

4.5.3 FILIACION EXTRAMATRIMONIAL

Esta filiación también conocida como ilegítima o no matrimonial, se da tanto en los casos en los que no hay imposibilidad de matrimonio entre los padres tanto en aquellos en los que media algún impedimento, ya sea por matrimonio subsistente de uno de ellos, relación de parentesco o profesión religiosa. De lo anterior se desprende que por filiación extramatrimonial debemos entender el vínculo que se establece entre los padres e hijos, cuando los primeros no están unidos en matrimonio.

Dentro de esta filiación extramatrimonial encontramos tres tipos. La primera de ellas llamada **filiación natural**, es la que se deriva de la unión en la que no existía impedimento para que los progenitores pudieran contraer

matrimonio; la segunda denominada **filiación espuria**, existe cuando los progenitores estaban imposibilitados para casarse y esta filiación a su vez se divide en adulterina, incestuosa y sacrílega (según que alguno de los progenitores estuviera casado, ambos fueran parientes, o que según su religión se estableciera la incapacidad de contraer matrimonio por celibato forzoso).

Rojina Villegas, además de estas dos clases de filiación (la legítima y la ilegítima), destaca la filiación legitimada y la filiación legitimada por ministerio de Ley.⁹

La primera -dice-, es la que corresponde a los hijos que siendo concedidos antes del matrimonio de sus padres, nacen durante él o estos lo reconocen antes de celebrarlo, durante el mismo o posteriormente a su celebración.

La segunda se da cuando el hijo que nació dentro de los 180 días de celebrado el matrimonio y que no fue reconocido, pero que tampoco fue impugnado ejercitando el marido la acción contradictoria de paternidad¹⁰.

En este orden de ideas, se afirma que la diferencia entre los hijos nacidos fuera de matrimonio y los hijos de matrimonio se originan en la forma

⁹ ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Op. Cit. Pág. 450.

¹⁰ IB IDEM. Pág 451

de establecer la prueba de la relación filial. Mientras la filiación matrimonial es siempre doble, de ambos padres, en la filiación extramatrimonial puede ser unilateral, establecida solo respecto a uno de los progenitores.

4.6 PATRIA POTESTAD.

Con este tema llegamos a puntos importantes de nuestra investigación, pues para poder determinar los límites de la patria potestad, es necesario, primeramente dar una definición de ésta. Así decimos que para los multicitados Planiol y Ripert, la patria potestad es el conjunto de derechos y facultades que la Ley concede al padre y a la madre sobre la persona y los bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones.¹¹

La patria potestad se considera como un poder concedido a los ascendientes como medio de cumplir con sus deberes respecto de la educación y cuidado de sus descendientes. Es por ello que se equipara a una función pública, de aquí que por **patria potestad** debemos entender, el conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidos por la Ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o

¹¹ PLANIOL, MARCEL Y RIPERT, GEORGES. Op cit. pág. 255

la emancipación, así como para que administren sus bienes y los representen en tal período.

4.6.1 SUJETOS DE LA PATRIA POTESTAD.

Son considerados como **sujetos activos** de la patria potestad, los ascendientes, es decir, el padre y la madre, y a falta de ambos, los abuelos en el orden que determina la Ley o el Juez familiar, atendiendo a la conveniencia del menor. Y los considerados como **sujetos pasivos** son los menores de 18 años no emancipados.

Esto es, el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos legítimos recae sobre el padre y la madre y solo por la muerte de alguno y por haber incurrido en la pérdida de la misma, pasa al otro. A falta de los padres la ejercerán los abuelos paternos, y a falta de ellos los maternos, cuando falta alguno de los abuelos el otro la tendrá solo, antes de la pareja que siga en orden.

En el caso de los hijos extramatrimoniales, la patria potestad corresponde a quien reconozca al hijo en primer lugar, si los dos padres reconocen al hijo simultáneamente, la ejercerá quien como lo establezcan de común acuerdo. Si se suscita controversia el Juez de los Familiar resolverá lo más conveniente para el menor.

En el caso de la adopción solo el adoptante podrá ejercer la patria potestad.¹²

4.6.2 EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD.

Los efectos de la patria potestad se dividen en: efectos sobre la persona del hijo y efectos sobre los bienes del hijo, de los cuales solo analizaremos el primero de ellos, debido a la importancia que reviste para nuestra investigación.

4.6.3 EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD EN RELACIÓN CON LA PERSONA DEL MENOR.

Este punto se refiere tanto a las relaciones personales entre los que ejercen la patria potestad y los menores sometidos a ella, como la función protectora y formativa que deben llevar a cabo los primeros.

Los sujetos sometidos a la patria potestad deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes, y por lo que hace a la función protectora y formadora, el ascendiente está obligado a la guarda, manutención y educación del menor, pudiendo corregirlo mesuradamente.

¹² VAQUEIRO ROJAS, EDGAR Y BUEN ROSTRO BAEZ, ROSALÍA. Op cit.. pág. 228.

El concepto de guarda presupone que el menor no puede dejar la casa sin permiso del progenitor. En este sentido, Planiol y Ripert equiparan este concepto al de custodia al precisar que este último, es el derecho que habite un hijo en la casa de los padres.¹³

El domicilio legal del menor es el del que ejerza la patria potestad. Por otro lado, el mantenimiento implica todas las prestaciones que señalan en la obligación alimentaria, incluyendo la educación, según la posibilidad del obligado.

Los padres no podrían cumplir con la obligación que tienen de educar a sus hijos, de no haber recibido facultades especiales, que correspondan a este objeto. Tales facultades son dos: el derecho de custodia (que implica el derecho de vigilancia) y el derecho de corrección.

4.6.4 EL DERECHO DE CORRECCION.

No obstante que este derecho de corrección ha sido contemplado desde hace ya mucho tiempo en la legislación de nuestro país nunca ha sido definido o limitado, ni reglamentado de una manera clara por el legislador.

¹³ PLANIOL, MARCEL Y RIPERT, GEORGES. Op cit. pág. 259

Todo en esta materia se reduce a una cuestión de medida y salvo en los casos extremos, la costumbre es la única que reglamenta el ejercicio de este poder¹⁴.

Así mismo, los sujetos activos están obligados a representar al menor, quien no puede celebrar actos, ni comparecer a juicio sin su autorización. Llegando así a una parte medular para nuestra investigación, es decir, al derecho de corrección y castigo que tiene el sujeto activo. Este derecho a evolucionado ampliamente, desde la facultad de dar muerte al menor, hasta considerar que los malos tratos de los progenitores pueden llegar a tipificarse como delitos.

4.6.5 LA INTERVENCION JUDICIAL.

Es oportuno señalar que la patria potestad no es un poder absoluto. Al lado de la familia existe la sociedad que tiene también su parte de derechos e intereses por defender; debe proteger a los menores y tiene interés en que no se comprometa ni su salud ni su moralidad. ¹⁵

¹⁴ PLANIOL, MARCEL Y RIPERT, GEORGES. Op cit. pág. 260 .

¹⁵ IB IDEM pág. 269.

Esta figura de la intervención judicial, constituye una protección para el sujeto pasivo de la patria potestad. La patria potestad, concebida y regulada en lo antiguo como un poder absoluto e ilimitado del padre, se considera hoy como una función establecida en interés de los propios hijos y ligadas a las exigencias generales de la familia y de la sociedad. El Estado tiene sometido a su alta inspección y tutela la educación y los intereses de los menores, y llega a privar del ejercicio de su autoridad a aquellos padres que abusen de la misma o no estén en condiciones morales de desempeñarla satisfactoriamente.¹⁶

4.6.6 SUSPENSION, PERDIDA Y EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD.

En nuestro sistema la patria potestad es irrenunciable, sin embargo puede excusarse de su desempeño a los que la ejercen, y suspenderse, cuando sean mayores de 60 años, cuando por su habitual mal estado de salud no pueden desempeñar debidamente el cargo y cuando quien la desempeña caiga en estado de interdicción, se declara ausente o por sentencia se le prive temporalmente de su ejercicio.

En segundo termino, tenemos que la patria potestad se pierde solo por sentencia, la que puede ser dictada en juicio penal, cuando el progenitor ha sido condenado, dos o más veces por delitos graves, por malos

¹⁶ ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Op. Cit. Pág. 216.

tratos o abandono del menor que constituyan el delito de abandono de personas; en juicio civil de divorcio cuando, a juicio del Juez, la dependencia entre padres e hijos deba romperse, o en juicio especial de pérdida de ejercicio de esa facultad debido a las costumbres depravadas de los padres, malos tratos o abandono, que ponga en peligro la salud, seguridad o moralidad de los menores.

Es oportuno resaltar que la pérdida de la patria potestad no implica la cesación de las obligaciones que tienen los ascendientes respecto de los descendientes, de forma especial la de proporcionarles alimentos.

Por último, debemos señalar que la muerte del ascendiente, la emancipación y la mayoría de edad son las causas por las cuales se extingue la patria potestad.

4.6.7 LA EMANCIPACION.

Esta figura constituye el final anticipado de la patria potestad, que el menor obtiene por el solo hecho de contraer matrimonio, adquiriendo así el gobierno de su persona y la administración de sus bienes. En nuestra legislación el menor de 18 años que contrae matrimonio se emancipa; esto es, adquiere una capacidad menos plena pero que le autoriza a manejar sus asuntos, como si fuera mayor, con excepción de dos limitantes, la primera de

ellas es que necesita un tutor para atender sus asuntos judiciales, incluido el divorcio, la segunda, que requiere autorización judicial para enajenar y gravar sus bienes raíces.

Por último, es útil señalar que el emancipado escapa al derecho de corrección.

4.6.8 LA MAYORIA DE EDAD.

Por último, la mayoría de edad se obtiene al cumplirse los 18 años. Al llegar a ella el menor adquiere la plena capacidad para el ejercicio de sus derechos y uso y disposición de todos sus bienes, terminando así la patria potestad.

CAPITULO V

5. EL DEBER JURIDICO

5.1 EL SER Y EL DEBER SER.

Las formas de actividad social constituyen realidades que en el proceso mismo de la actividad en que se desarrollan se fijan en las formas de pensamientos producto de los mecanismos de actividad nerviosa. Posteriormente esta forma de pensamiento expresada en el lenguaje se revierte a la realidad y a través de esta se convierte en la forma exterior del pensamiento. Dentro de este proceso en movimiento existe la imagen ideal de la realidad social.

De esta forma, el hombre es sujeto de actividad social desde el momento en que produce activamente las maneras de comportamiento que se esperan de él mediante su trabajo y en las formas sociales a que se ha dado lugar dicha actividad.

5.1.1. EL MUNDO DEL SER.

Cuando se hace referencia al ser, se hace alusión a su realidad material, o sea a un sistema de reglas de la vida social que tiene validez afectiva.

El ser implica un acontecimiento natural o social acaecido en el mundo espacial y temporal perceptible sensorialmente, el que se conforma y

desarrolla en términos generales, por la propia inercia social y al que la proporción normativa solo describe y confirma.¹

5.1.2 EL MUNDO DEL DEBER SER.

Al contrario del mundo del ser, el mundo del deber ser, se refiere al aspecto ideal de las normas, relativamente, separado de la realidad sensible.

5.2. LA NORMA JURIDICA.

Podemos imaginar al derecho como un conjunto de normas (mandatos) que se aplican exclusivamente a las relaciones del hombre que vive en sociedad. El hombre al relacionarse con sus semejantes debe observar para con ellos determinada conducta; dicha conducta es regulada por las normas jurídicas, las cuales contienen siempre mandatos o disposiciones de orden general que determinan lo que debe ser; son estos en otras palabras, mandamientos dirigidos a los individuos.

Las normas jurídicas constituyen un elemento superior de orden que evita los conflictos, fija los límites de la conducta individual y concilia los intereses antagónicos.²

5.3 LA SEGURIDAD JURIDICA.

Por seguridad jurídica se entiende el conocimiento certero y claro que los sujetos se encuentran bajo el imperio del derecho tienen en relación con:

¹ ROJAS MANDI, VICTOR MANUEL. FILOSOFIA DEL DERECHO. Ed. Harla. Decima segunda ed. México 1991. pág. 143

² MOTO SALAZAR, EFRAIN. ELEMENTOS DEL DERECHO. Ed Porrúa. 46 ed. México. 2001.

- a) El sentido general del sistema jurídico considerado en su conjunto;
- b) El significado preciso de las principales proposiciones normativas que integran el sistema; y
- c) Las decisiones que la autoridad tomará en cada caso concreto.³

Entonces, en sentido contrario, podemos afirmar que existe **inseguridad jurídica** cuando por cualquier circunstancia no es posible conocer que es lo que se debe realizar conforme a derecho, o bien no existe certeza de que en caso de incumplimiento de lo prescrito por la Ley, la autoridad aplicará la sanción que establece para cada caso.⁴

Como doctrina normativa , el derecho es un aspecto del deber ser, centra su objeto de estudio sobre la idealidad y como consecuencia de ello no tiene nada que ver con propósitos prácticos.⁵

5.4 LA RELACION ENTRE EL MUNDO DEL SER Y EL MUNDO DEL DEBER SER.

El derecho se puede presentar independientemente de un precepto que le atribuya validez jurídica a un hecho social –punto de vista del ser- , o bien, a reconocer que estamos en presencia del mismo en virtud de existir un precepto jurídico válido dentro del sistema de derecho con tal independencia de los hechos psíquicos y sociales con los que se relaciona una forma necesaria –punto de vista del deber ser-.

En virtud de que el ser, como sociedad se desarrolla conforme a otro que es el deber ser, el que se continua en su ser otro, este ser otro o deber ser, constituye la condición para que la realidad social se produzca, contiene la

³ ROJAS AMANDI, VICTOR MANUEL. Op. Cit, pág. 285 y 286.

⁴ IDEM.

⁵ IB IDEM. Pág. 147.

determinación específica del ser, es el ser determinado en un otro, o sea, en una existencia ideal.

La realidad o ser a que da forma el deber ser constituye la superación de la determinación ideal del ser, para convertirse en un ser conformado con un cierto sentido.⁶

5.5 GENERALIDADES DEL DEBER JURIDICO.

Según Eduardo García Maynez, la acción no es justa por haber sido cumplida en acatamiento a una Ley que el sujeto se ha dado a si mismo, ni es justa tampoco por el hecho de encontrarse en consonancia con una máxima universal.

Un hombre esta obligado a una determinada conducta en tanto que el comportamiento de la misma se halla determinado en la norma de derecho como la condición de un acto de acción constitutivo de la consecuencia jurídica. El deber jurídico no es una vinculación psíquica real, sino una jurídica. Esto lo comprueba el hecho de que la existencia del deber jurídico es en todo independiente de que en cada caso concreto exista o no un vínculo psíquico en aquella dirección en que radica la conducta constitutiva del contenido del deber.⁷

Según el conocimiento jurídico, la validez del juicio en virtud del cual se está jurídicamente obligado a una determinada conducta, es

⁶ IB IDEM pág. 149.

⁷ GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO. Ed Porrúa. Trigésima ed. México 1979. pág 266

independiente del hecho de que el hombre cuya conducta constituye el contenido del deber se sienta o no vinculado, y aún de que tenga o deje de tener la menor idea de su obligación. El deber jurídico subjetivo revela un carácter enteramente objetivo. Pero si respecto de este hecho nos limitamos a advertir la vinculación psíquica media de las normas jurídicas, entonces no es ya el problema del deber jurídico, sino la eficacia de las representaciones psíquicas de las normas lo que está en cuestión. No es en este dominio psicológico, sino en el reino normativo del derecho, donde ha de determinarse el concepto del deber como concepto jurídico, precisamente en él, en esta forma manifestativa del derecho subjetivo

Radbruch señala que existe una bilateralidad en la regulación jurídica, concebida como conexión de los juicios normativos recíprocamente fundados: un atributo y otro imperativo. Por regla general, solo se expresa uno de los juicios, si bien nada excluye la posibilidad de que ambos se encuentren legislativamente formulados. Si el explícito alude al aspecto activo, el implícito se refiere al aspecto pasivo; si, por el contrario, el explícito háyase referido al aspecto pasivo, el implícito tiene que aludir al otro término de la relación. La referencia a cada uno de los sujetos cuya conducta se regula implica una referencia correlativa al otro, puesto que al imponer a uno un deber impone el otorgar, al otro, el derecho de exigir el cumplimiento, del mismo modo que el

atribuir a uno un derecho implica el imponer al otro, el deber de observar la conducta exigida para la satisfacción de las facultades del pretensor.⁸

5.6 CONEXIONES ESENCIALES DE CARACTER FORMAL ENTRE DEBER JURIDICO Y DERECHO SUBJETIVO.

Primeramente indicaremos que el derecho subjetivo según Ihering, es el interés jurídicamente protegido; para Windscheid, es la potestad o señorío de la voluntad conferido por el ordenamiento jurídico.⁹

Ahora bien, el análisis de las conexiones esenciales de índole formal entre deber jurídico y derecho subjetivo revela como toda obligación restringe la libertad jurídica del obligado. Cuando un deber jurídico nace a cargo de un sujeto, éste pierde al mismo tiempo, ya el derecho de omitir lo que se le ordena, ya el de hacer lo que se le prohíbe. En relación con la conducta objeto de una prohibición o de un mandato, el obligado no es, ni puede ser jurídicamente libre. Si aquella está prohibida, el sujeto del deber puede lícitamente omitirla, mas no ejecutarla.

⁸ Citado por GARCIA MAYNEZ . op cit. pg 268

⁹ DE PINA VARA RAFAREL. DICCIONARIO DE DERECHO. Ed Porrúa. Primera ed. México 1998. Pág. 242

5.7 DEFINICION DE DEBER JURIDICO.

La doctrina ha definido al deber jurídico como la restricción de la libertad exterior de una persona, deriva de la facultad, concedida a otra y otras, de exigir de la primera cierta conducta, positiva o negativa. Expresando en otro giro: tener el deber de hacer (o de omitir algo), si carecemos del derecho de optar entre hacerlo y omitirlo.

Cuando se nos ordena una acción, el deber jurídico es fundante del derecho de ejecutar la conducta obligatoria; cuando se nos prohíbe un cierto acto, el deber es fundante del derecho a la omisión de la conducta ilícita. De lo anterior podemos desprender varios axiomas jurídicos, pero primero estableceremos que debemos entender por estos.

5.8 AXIOMA JURIDICO.

El axioma jurídico es una proposición de esta naturaleza considerada por la generalidad de las personas peritas en derecho con tal grado de evidencia que hace que sea aceptada voluntariamente sin necesidad de demostración alguna.¹⁰

De aquí el siguiente axioma: *todo lo que está jurídicamente ordenado, está jurídicamente permitido*. Este principio expresa una relación de inclusión de clases, a saber: la que existe entre la de las conductas jurídicamente ordenadas y la de las jurídicamente permitidas.

¹⁰ DE PINA VARA RAFAEL. Op cit. Pág 121.

En cambio no todas las conductas jurídicamente permitidas son obligatorias, puesto que el derecho de ejecutar la conducta lícita puede ser de ejercicio postestativo. De aquí este otro principio que llaman **axioma de libertad**: *lo que estando jurídicamente permitido no ésta jurídicamente ordenado, puede libremente hacerse u omitirse.*

Por último el **axioma ontológico-jurídico de contradicción** señala que *la conducta jurídicamente regulada no puede hallarse, al mismo tiempo, prohibida y permitida*. Si un proceder está jurídicamente regulado, no es posible que pertenezca, a la vez, a las dos clases, como lo expresa el **axioma ontológico-jurídico de la exclusión del medio**: *si una conducta está jurídicamente regulada, o está prohibida o esta permitida*. Sigue de ellos que si un proceder no está jurídicamente prohibido, está jurídicamente permitido; y, sino está jurídicamente permitido, está jurídicamente prohibido. Es decir que un acto que no está jurídicamente permitido equivale a aseverar que esta jurídicamente prohibido, del mismo modo que sostener que un comportamiento no esta jurídicamente prohibido en realidad significa que está jurídicamente permitido y lo que no esta jurídicamente permitido esta jurídicamente prohibido, son formulaciones negativas de otro principio ontológico-jurídico, el **axioma de identidad**, que reza: todo objeto del conocimiento jurídico es idéntico a sí mismo (o sea lo que está jurídicamente prohibido está jurídicamente prohibido; lo que está jurídicamente permitido, está jurídicamente permitido.)

CAPITULO VI

6. LA CONTRADICCION ENTRE EL TIPO PENAL DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Y EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.

6.1 VIOLENCIA.

La violencia ha sido definida por Rafael de Pina Vara como la acción física o moral lo suficientemente eficaz para anular la capacidad de reacción de la persona sobre quien se ejerce¹.

6.1.1 VIOLENCIA FISICA.

De la definición dada con antelación inferimos que existen dos clases de violencia: la física y la moral.

Cardona Arismendi y Cuahutemoc Ojeda, en su Código Penal comentado, al referirse al tipo penal de lesiones, menciona que la salud puede dañarse anatómica o funcionalmente, y que este daño puede consistir en un **daño físico o psíquico** sin perjuicio de que algunos casos el daño anatómico sea coincidente con el funcional. En todos los casos de afectación de salud, importarán entonces un rompimiento del estado de equilibrio de las funciones fisiológicas del organismo, una desorganización o perturbación de la armonía vital.

¹ DE PINA VARA RAFAEL. DICCIONARIO DE DEREHO. Ed. Porrúa. Primera ed. México 1998. pág.498.

Concluyen señalando que toda afectación a la salud, constituye pues una lesión, no importa cuan mínima o grave sea, puede ir desde una bofetada hasta afectaciones que ponen en peligro la vida.²

La violencia física es la fuerza material encaminada a vencer una resistencia que entraña un obstáculo para la comisión del delito.

En todos los casos de violencia física o de violencia moral, se presume la resistencia del pasivo de la ejecución material de la conducta tipificada. En la violencia física la acción debe ser bastante para vencer dicha resistencia, que debe ser real y efectiva de parte de la víctima.

6.1.2 VIOLENCIA MORAL.

Por otro lado, **la violencia moral** es la puesta en juego de la vis relativa; esto es la coacción psicológica que se ejerce sobre la víctima para vencer su oposición a la realización de la conducta delictuosa, que por lo general se traduce concretamente en amenazas de carácter conminatorio o condicionado, es decir, en el anuncio de un mal, que se efectuará en el caso de que la víctima no cumpla una determinada condición.

Esta amenaza debe de ser seria y debe de ser constante en relación a un bien jurídico de la víctima o de una persona que se encuentre ligada con la misma, de tal manera que la posibilidad de afectación a dicho bien jurídico debe ser idónea para vencer su resistencia.³

² CARDONA ARISMENDI, ENRIQUE Y OJEDA R. CUAUHEMOC. CÓDIGO PENAL COMENTADO DEL ESTADO DE GUANAJUATO. Ed Orlando Cárdenas. Tercera ed. México 1998. pág. 547.

³ IDEM pág. 643.

6.2 LEY DE ATENCIÓN A LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR EN EL ESTADO DE GUANAJUATO.

El texto original de esta Ley fue publicado en el Periódico Oficial del Gobierno del estado de Guanajuato el 4 de febrero del año 2000.

El artículo primero de esta Ley menciona que sus disposiciones son de orden público e interés social y tienen por objeto establecer las bases y procedimientos para:

- I.- Prevenir la violencia intrafamiliar;
- II.- Atender y educar a las personas generadoras o receptoras de violencia intrafamiliar;
- III.- Promover la equidad y la igualdad entre los géneros; y
- IV.- Desarrollar una cultura de la no violencia.

6.2.1. CONCEPTO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.

La fracción II del artículo segundo de la Ley de Atención a la Violencia Intrafamiliar en el Estado de Guanajuato, define a la violencia intrafamiliar de la siguiente manera:

La violencia intrafamiliar es todo acto u omisión que realiza un miembro de la familia en contra de otro integrante de la misma, que atenta contra su dignidad, libertad, igualdad o integridad física, Psicológica o sexual o que atente contra su patrimonio independientemente del resultado; siempre y cuando entre quien genere y quien reciba la violencia exista o haya existido una relación de parentesco, matrimonio, concubinato, o mantenga o haya mantenido una relación análoga.

El Ministerio Público y demás autoridades administrativas y judiciales deberán capacitar a su personal para la detección y atención de los casos de violencia intrafamiliar, canalizando a los centros los que sean de su conocimiento y tengan elementos de violencia intrafamiliar para efectos de su prevención y atención, independientemente de las penas a que se hagan acreedoras las personas generadoras de violencia intrafamiliar.

La Procuraduría General de Justicia contará con centros de asistencia social los cuales podrán conocer, tramitar y resolver del procedimiento y aplicar las sanciones que correspondan, representar, en su caso a las personas receptoras de la violencia intrafamiliar, así como, prestar servicios de atención psicológica, médica, legal, educativa, etc.

De un minucioso estudio realizado a la Ley que se comenta podemos destacar que ninguna de sus disposiciones hace referencia al grado de violencia que se requiere para que se una conducta se pueda tipificar como delito.

6.3. DEFINICIÓN LEGAL DEL DELITO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.

En el artículo 221 del Código Penal para el Estado de Guanajuato se establece el tipo penal de violencia intrafamiliar, el cual textualmente señala lo siguiente:

Artículo 221.- A quien ejerza violencia física o moral contra una persona con la que tenga relación de parentesco, matrimonio, concubinato o análoga, se le impondrá de cuatro meses a cuatro años de prisión.

Igual pena se aplicará cuando la violencia se ejerza contra quien no tendiendo ninguna de las calidades anteriores cohabite en el mismo domicilio del activo.

En estos casos el Ministerio Público o tribunal dictará las medidas que consideró pertinentes para salvaguardar la integridad física o psíquica de la víctima.

Este delito se perseguirá por querrela, salvo que la víctima sea menor de 18 años de edad, caso en el que se perseguirá de oficio.

6.4 ELEMENTOS DEL TIPO PENAL DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.

Para una mejor comprensión del delito de violencia intrafamiliar, es necesario que lo estudiemos paso por paso, examinando cada uno de sus elementos.

Párrafo primero:

Presupuesto de la conducta: Es necesaria la existencia de un vínculo parental o su equivalente entre los sujetos que intervienen, o bien que estos habiten en la misma casa.

Sujeto activo: Calificado: Pariente o su equivalente.

Sujeto pasivo: Calificado: Pariente, cónyuge, concubino o su equivalente.

Conducta: Ejercer violencia física o moral contra un pariente, cónyuge, concubino o su equivalente.

Finalidad: Producir daño físico o moral en familiares, cónyuge o concubino.

Segundo párrafo:

Las mismas penalidades se aplicarán a los sujetos activos, que cohabiten con las personas que no teniendo las calidades especiales señaladas, ejerzan violencia contra ellas, esto se establece por que dichos sujetos violan la seguridad y la confianza que genera vivir en el mismo lugar y la altera.

Tercer párrafo:

En este párrafo el legislador establece el principio de consunción, por virtud del cual si se genera un resultado típico mayor, como podrían ser las lesiones graves, que tienen una penalidad mayor, estas absorberían el delito de violencia intrafamiliar, en los términos del artículo 32 fracción V del Código Penal para el Estado de Guanajuato.

Cuarto párrafo:

Aquí el legislador obliga al Ministerio Público o al tribunal a tomar medidas urgentes para salvaguardar la integridad de las víctimas, evitando mayores consecuencias si permanecen en el mismo lugar los sujetos de la relación penal.

Quinto párrafo:

En este párrafo el legislador establece las dos formas de persecución del delito (procedibilidad), pero considera que los menores de 18 años de edad por su fragilidad y falta de desarrollo psicofísico deben ser protegidos por el Estado, estableciendo en este caso que el delito se persiga de oficio.

6.5. CARACTERISTICAS DEL DELITO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.

Sanción:

Corporal: Admite libertad provisional, en los términos del artículo 387 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato.

Pecuniaria: No tiene.

Admite tentativa.

Bien jurídico tutelado: La integridad corporal y la seguridad familiar.

Forma de persecución: admite las dos formas, es decir, puede ser por querrela pero, cuando el sujeto pasivo sea menor de 18 años de edad, se perseguirá de oficio.

En cuanto a los **sujetos que intervienen:** Unisubjetivo.

6.6 EL DERECHO DE CORRECCIÓN EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.

Por otra parte el Código Civil para el Estado de Guanajuato, establece en su artículo 477 el Derecho que tienen los que ejercen la patria potestad de corregir a sus hijos de una manera mesurada. Este precepto textualmente señala lo siguiente:

El artículo 477.- Los que ejercen la patria potestad tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente.

Las autoridades auxiliaran a los padres en el ejercicio de esta y de las demás facultades que les concede la Ley de manera prudente y moderada, siempre que sean requeridos para ello.

Ahora bien, una vez realizado el estudio anterior podemos deducir que efectivamente existe una clara contradicción entre los dos preceptos mencionados, es decir, entre el artículo 221 del Código Penal del Estado de Guanajuato y el 477 del Código Civil de la misma entidad.

Nos atrevemos a afirmar lo anterior con base a los razonamientos que se contienen en las conclusiones a que a posteriormente haremos referencia.

6.7 GENERALIDADES SOBRE EL BIEN JURIDICO.

Como el punto central de nuestra investigación radica en si la conducta descrita en el artículo 221 del Código Penal del Estado de Guanajuato (delito de violencia intrafamiliar) debe penarse o no cuando se realiza sobre el sujeto pasivo por una persona que ejerza la patria potestad sobre él, aunque lo haga de una manera mesurada creemos importante hacer un pequeño estudio referente al bien jurídico en general.

6.8 EL PRINCIPIO DEL BIEN JURIDICO.

Mediante este principio se pretende poner un límite material al "ius puniendi" en cuanto a que limita al legislador como juzgador en la imposición de las sanciones penales. Pretende limitar al legislador para que no sancione comportamientos que no sean lesivos de bienes jurídicos, ni los ponga en peligro. Al Juzgador lo limita en cuanto a que sino se prueba que un

comportamiento ha lesionado o puesto en peligro un bien jurídico no podrá imponerse sanción alguna

Por otro lado el principio de la necesidad de los bienes jurídicos, significa que la intervención del Estado sólo es posible cuando existen bienes jurídicos que requieran de la protección jurídica. Para estos efectos es indispensable señalar que es lo que se tiene que proteger y, en segundo término, fundamentar esa necesidad de protección. La teoría del bien jurídico trata de dar respuesta a la primera cuestión: es decir, a lo que se tiene que proteger; y la política criminal, a la segunda:, es decir, a determinar la necesidad de protección. Determinar los intereses que son, o que no son fundamentales para la vida social es tarea sumamente compleja, pues no sólo se trata de una cuestión de carácter valorativo, sino también democrático.

La doctrina penal ha señalado que se justifica la necesidad de proteger el bien jurídico cuando se dan estas tres características, o criterios, independientemente la de fundamentación normativa:

- a) Cuando existe una clara necesidad social de que sea protegido;
- b) Cuando con cierta frecuencia se ponga en peligro o se lesione; y
- c) Cuando su lesión produzca sentimientos reales de amenaza.⁵

La tutela y la protección de los bienes jurídicos no es absoluta, es decir, cuando el bien jurídico es defendido penalmente significa que está siendo

⁴ GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, RAÚL. LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO EN EL DERECHO PENAL. ED. Pereznieta. Primera ed. México 1995. pág. 74.

⁵ HASSMER Y MUÑOZ CONDE. INTRODUCCIÓN A LA CRIMINOLOGÍA Y AL DERECHO PENAL. Ed TIRANT LO BLANCH. VALENCIA. 1989. Citados por GONZÁLEZ-SALAS RAÚL. Op cit. Pág. 78

protegido sólo frente a ciertas formas de agresión: **aquellas consideradas como socialmente intolerantes.**

Raúl González-Salas señala que no se debe olvidar que no basta que un bien posea suficiente importancia social para que se justifique su protección jurídico-penal, pues no se puede justificar la necesidad de protegerlo atendiendo exclusivamente a su entidad o a su utilidad, sino además es preciso determinar que no haya medios suficientes de tutela jurídica que sean menos lesivos y que la forma de ataque sean de las consideradas merecedoras de la intervención penal tanto por ser especialmente peligrosa como desagradable a los ojos de la sociedad.

6.9 PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

Este principio es en realidad parte del principio de culpabilidad ya que alude a la exigencia de que la gravedad de la sanción debe resultar proporcionalmente a la del hecho cometido, pues sirve de base a la graduación de las penalidades,⁶ estableciendo que la pena no debe sobrepasar a la que corresponda a la culpabilidad. De esta forma se asegura la necesaria proporcionalidad entre delito y pena.

Se desprenden de este principio dos exigencias: por una parte, la necesidad de que la pena sea en proporción al delito y por otra, que la proporcionalidad se establezca con base en la importancia social del hecho, de acuerdo con la nocividad del mismo.⁷

En la determinación de la magnitud de la pena que ha de imponerse a un hecho injusto, ésta debe ser perfectamente valorada de acuerdo con los siguientes conceptos:

⁶ ARTHUR KAUFMANN. Citado por GONZÁLEZ- SALAS RAÚL. Op. Cit. Pág. 91

⁷ MONTESQUIEU, citado por GONZÁLEZ-SALAS RAÚL. Op cit. Pág. 92

- a) Por su utilidad social;
- b) Por sus efectos y consecuencias para: el autor, la sociedad, la víctima y para el propio Estado que la impone.⁸

⁸ GONZALEZ- SALAS CAMPOS, RAÚL. Op. Cit. Pág. 98.

CONCLUSIONES

1.- El delito es la conducta típicamente, antijurídica, imputable, culpable y punible.

2.- El aspecto negativo del delito comprende: la falta o ausencia de conducta, la atipicidad, las causas de justificación, la inimputabilidad, las causas de inculpabilidad y las excusas absolutorias.

3.- Algunas de las causas de justificación son el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber, por medio de los cuales se causa daño a un bien jurídico pero obrando en forma legítima ya sea en ejercicio de un derecho derivado de una norma jurídica o bien del cumplimiento de un deber.

4.- La patria potestad es un poder, es un conjunto de derechos, deberes y obligaciones que se otorga a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos, desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren su bienes y los representen en tales períodos.

5.- Uno de los efectos de la patria potestad en cuanto al sujeto activo de la misma, es que este tiene a su cargo una función protectora y formadora con relación al sujeto pasivo, que el ascendiente está obligado, a la guarda, manutención y educación del menor, pudiendo corregirlo mesuradamente (DERECHO DE CORRECCIÓN).

6.- Los padres no podrían cumplir con la obligación que tienen de educar a sus hijos, de no haber recibido facultades especiales que correspondan a este objeto. Tales facultades son dos: el derecho de custodia (que implica el derecho de vigilancia) y el derecho de corrección.

7.- El artículo 221 del Código Penal en su primer párrafo establece: A quien ejerza violencia física o moral contra una persona con la que tenga relación de parentesco, matrimonio, concubinato o análoga, se le impondrá de cuatro meses a cuatro años de prisión.

8.- El artículo 477 del Código Civil también en su primer párrafo establece: que los que ejercen la patria potestad tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente (DERECHO DE CORRECCIÓN).

9.- La salud puede dañarse anatómica o funcionalmente, y este daño puede consistir en un daño físico o psíquico, sin perjuicio de que en algunos casos el daño anatómico sea coincidente con el funcional. En todos los casos de afectación de salud, importarán entonces un rompimiento de estado de equilibrio de las funciones fisiológicas del organismo, una desorganización o perturbación de la armonía vital. Que toda afectación a la salud, constituye pues una lesión, no importa cuan mínima o grave sea.

10.- Por seguridad jurídica se entiende el conocimiento certero y claro que los sujetos se encuentran bajo el imperio del derecho tienen en relación con:

- a) El sentido general del sistema jurídico considerado en su conjunto;
- b) El significado preciso de las principales proposiciones normativas que integran el sistema; y
- c) Las decisiones que la autoridad tomará en cada caso concreto.

11.- Existe inseguridad jurídica cuando por cualquier circunstancia no es posible conocer que es lo que se debe realizar conforme a derecho, o bien no existe certeza de que en caso de incumplimiento de lo prescrito por la Ley, la autoridad aplicará la sanción que establece para cada caso.

12.- Pues bien, después de este análisis concluimos que efectivamente existe una contradicción entre estos dos preceptos legales, y ante esta contradicción, también se presenta la necesidad apremiante de que el legislador defina expresamente hasta donde podemos considerar que existe el derecho de corrección y donde el delito de violencia intrafamiliar.

Lo anterior con fundamento en lo establecido por el axioma ontológico-jurídico de contradicción que dicta que la conducta jurídicamente regulada no puede hallarse al mismo tiempo prohibida (como lo es en el caso de ejercer violencia física o moral en el delito de violencia intrafamiliar) y permitida (como lo es el derecho de corrección, en la cual se encuentra inmerso el castigo mesurado a los sujetos pasivos de la patria potestad).

Esto es, el Código Civil otorga la facultad de corrección a los que ejerzan la patria potestad sobre los sujetos pasivos de la misma, pero al mismo tiempo el Código Penal, específicamente en el tipo de violencia intrafamiliar está sancionando a las personas que ejerzan dicho derecho.

Por lo que ante esta contradicción, el gobernado se encuentra ante una evidente inseguridad o incertidumbre jurídica, pues el gobernado no tiene la certeza de lo que debe realizar conforme a derecho, ya que al momento en que éste ejerza su derecho de corrección, en ese momento y por esta misma causa puede hacerse acreedor a una sanción establecida en el Código Penal, pues forzosamente al ejercitar este derecho de corrección (aun castigando de una manera mesurada), el sujeto activo de la patria potestad ejercerá violencia física o moral sobre el pasivo, y no importando que tan grave sea ésta, se tipificará el delito de violencia intrafamiliar, establecido en el artículo 221 del Código Penal para el Estado de Guanajuato, precisamente porque este tipo carece de la limitante que indique que tipo de lesiones (grado) deben inferirse para que se considere como punible la conducta, o bien, que el Código Civil,

señale que tipo de lesiones son consideradas como permitidas con motivo del ejercicio del derecho de corrección.

Por lo anterior, creemos que el legislador debe tomar en cuenta el daño físico o emocional que podría provocarse al sujeto sometido a la patria potestad con motivo del derecho de corrección y de ahí tomar una base para poder establecer un límite, tomando en cuenta que los menores hasta cierto punto necesitan de una buena educación para que se puedan desarrollar de la mejor manera y esta educación debe ser proporcionada por su padres o por las que ejerzan la patria potestad, ya que son las personas mas idóneas para hacerlo, pero siempre respetando tanto su salud mental como su integridad física.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- AMUCHATEGUI REQUENA, IRMA G. "Derecho Penal". Editorial Harla. Primera edición. México. 1998. págs. 418.
- 2.- BAQUEIRO ROJAS, EDGAR Y OTRO. "Derecho de Familia y Sucesiones". Editorial Oxford. Segunda Edición. México. 1998. Págs. 493.
- 3.- CARDONA ARISMENDI, ENRIQUE Y OTRO. "Código Penal Comentado del Estado de Guanajuato". Orlando Cárdenas Editor. Tercera Edición. Págs. 874.
- 4.- CASTELLANOS TENA, FERNANDO. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal (Parte General)". Editorial Porrúa. Cuadragésima Primera Edición. México 2000. Págs. 363.
- 5.- CUELLO CALON. "Derecho Penal (Parte General)". Volumen I. Editorial Brosch. Cuarta Edición. España. 1975. Págs. 788
- 6.- GARCIA MAYNEZ, EDUARDO. "Introducción Al Estudio Del Derecho". Editorial Porrúa. Trigésima Edición. México. 1979. Págs. 444.
- 7.- JIMENEZ DE AZUA, LUIS. "La Ley y El Delito". Editorial Sudamericana. Décima Primera Edición. Buenos Aires. 1980. Págs. 578.
- 8.- JIMENEZ HUERTA, MARIANO. "Derecho Penal Mexicano". Tomo I. Editorial Porrúa. Segunda Edición. México. 1997. págs. 230.
- 9.- MOTO SALAZAR, EFRAIN. "Elementos De Derecho". Editorial Porrúa. Cuadragésima Sexta Edición. México. 2001. Págs. 452.
- 10.- PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. "Manual De Derecho Penal Mexicano". Editorial Porrúa. Décima Primera Edición. México. 1994. Págs. 435.
- 11.- PLANIOL, MARCEL Y OTRO. "Derecho Civil". Volumen 8. editorial Harla. Tercera Edición. Paris. 1946. Págs. 1563.

12.- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. "Compendio De Derecho Civil. Introducción, Personas y Familia. Tomo I. Editorial Porrúa. Primera Edición. México. 1995. Págs. 535.

13.- ROJAS AMANDI, VICTOR MANUEL. "Filosofía Del Derecho". Editorial Harla. Décima Segunda Edición. México. 1991. Págs. 351.

14.- VELA TREVIÑO, SERGIO. "CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD. Ed Trillas. México. 1985. Págs. 415.

15.-VILLALOBOS, IGNACIO. "Derecho Penal Mexicano (Parte General)". Editorial Porrúa. Tercera Edición. México. 1971. Págs. 654.

LEGISLACION

1.-Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos

2.- Código Penal Vigente Del Estado De Guanajuato.

3.-Código Civil Vigente Del Estado De Guanajuato.

4.- Ley De Violencia Intrafamiliar Del Estado De Guanajuato.

OTRAS FUENTES.

1.- DE PINA VARA, RAFAEL. "Diccionario De Derecho". Editorial Porrúa. Primera Edición. México. 1998.

2.- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM. "Diccionario Jurídico Mexicano". Editorial Porrúa". Segunda Edición. México. 1987,.

3.- CAMARENA JOSE, ALVARO. "La Necesidad de Tipificar Como Delito El Trafico De Infantes Dentro De Nuestro Código Sustantivo De Guanajuato. tesis.